



مجلة علمية محكمة تعنى بشؤون الفقه والقضاء تصدر كل شهرين عن وزارة العدل بالمملكة العربية السعودية

محتويات العدد





مجلة علمية محكمة تعنى بشؤون الفقه والقضاء تصدر كل شهرين عن وزارة العدل بالمملكة العربية السعودية

رئيس التحرير: الشيخ عبداللطيف بن عبدالرحمن الحارثي

مدير التحرير: محمد بن راشد الدرباني

تحرير وإعداد صدى العدل: إدارة التحرير بالمجلة

المراسلات:

جميع المراسلات تُرسل باسم معالي رئيس تحرير مجلة العدل

المملكة العربية السعودية - الرياض - وزارة العدل

ص.ب ٧٧٧٥ الرياض ١١٤٧٢

هاتف وفاكس ٠١١٢٩٢٤١٠٥

سنترال ٠١٢٩٢٤١٠٨ / تحويلة ١٣٣٣ / ١٣٣٤ / ١٣٣٥

الهاتف الشبكي لمدير التحرير ٢٩٤٨٨٨٥

موقع وزارة العدل

WWW.MOJ.GOV.SA

بريد مجلة العدل

moj.aladl@Gmail.com

البريد الإلكتروني لمجلة العدل

aladl@moj.gov.sa

الهاتف التفاعلي ٠١١٤٠٢٥٢٥١

بريد وزير العدل

mohammadalesa@moj.gov.sa

بريد مكتب دعم التواصل

twasl@moj.gov.sa

Al-Adl Magazine publishes abstracts of the articles contained in this issue

رقم الإيداع [illegible] ردمد ISSN [illegible] مكتبة الملك فهد الوطنية . المملكة العربية السعودية

- الآراء المنشورة في المجلة تعبر عن وجهة نظر أصحابها.
- ترتيب البحوث والموضوعات في المجلة يخضع لاعتبارات فنية.
- المواد الواردة إلى المجلة لاتُرد إلى أصحابها سواء نُشرت أم لم تُنشر.
- البحوث المراد تحكيمها يُرسل منها ثلاث نسخ.
- تدفع المجلة مكافأة عن كل بحث منشور.
- يزوّد كل باحث نُشر بحثه بثلاث نسخ من المجلة.

كلمة رئيس التحرير

الحمدُ لله ربِّ العالمين؛ والصلاةُ والسلامُ على النّبي الأمين؛ محمّدٍ وآلِه وصحبِه أجمعين؛ وعلى التابعين؛ وتابعيهم بإحسانٍ إلى يومِ الدّين، أمّا بعد:

فعندما تسامت نظرة الإنسان للإنسان؛ استبانت القيمة الحقّة للمورد البشري العامل وأهمية تنميته عبر طرائق شتى؛ أهمها التدريب، فخبرات العامل -أياً كانت وظيفته- لا تتكون بالممارسة المجردة من التأهيل السابق، أو التدريب المصاحب لتلك الممارسة؛ متى اقترن التدريب بالتحديث المستمر وكان مُوّجهاً بحسب الاحتياج الفعلي، وإلّا كانت تلك الخبرة عبارةً عن تكرارٍ مُددٍ غير ذات أثرٍ مهما تطاول أمدُ مباشرة الموظف ذلك العمل.

ويخطئ من يظن أنّ التدريب ما هو إلّا نوع من الرفاهية والسرف والترف؛ متجاهلين قيمته كاستثمار أمثل ورابح في تنمية المورد البشري على المدَيَين القصير والبعيد؛ بما ينعكس حتماً على الإنجاز والجودة في آنٍ معاً، ذلك بأن المورد البشري يضيف للقيمة بحسبانه رأس المال الحقيقي؛ في حين تضاف بقية الموارد الأخرى على التكاليف، ومن ثمّ أصبح التدريب - ولا شك - أحد أهم ضرورات التطوير وأول أولوياته، وليس

استراتيجية اختيارية يمكن إغفالها في أي وقتٍ والأخذ بسواها.

وغنيٌ عن البيان أنّ التدريب بحسبانه أهم محاور التطوير تظهر نتائجه بشكل أكبر عند الإيمان اليقني بإيجابياته والقناعة التامة بجدْواه؛ تخطيطاً وتنفيذاً، وأداءً وتلقياً.

ومعلوم بُأنّ جَنَى ثمراته الآنية والمستقبلية - فضلاً عن أنها تسهم في تقديم خدمةٍ أجود وأسرع - فإنها تزيد رضا مُقدِّم الخدمة والمقدمَة إليه على حدٍ سواء؛ بل والمجمتع بأسره، وتعطي بشكلٍ مباشر حلولاً حاسمة لكثير من المشكلات، قبل وقوعها وبعده، وتوسّع الآفاق المستقبلية.

ولأنّه ليس كغيره؛ فقطاع القضاء -القائم في حقيقته على المادّة العلمية والممارسة العملية، وبالنظر إلى أنّ المتقاضي لا يبغي سوى عدالة شاملة: جودة وإنجازاً - هو أحوج ما يكون لتطويره بالتدريب أولاً، ولا يتحقق ذلك إلا بتزويد القاضي وأعوانه أجمعين بالمهارات الضامنة لأعلى مستويات الجودة في المنتج القضائي بأسرع زمن.

لقد غدا القاضي -أكثر من أي وقت مضى- مطالَباً -على سبيل الوجوب- بمتابعة ما يستجدّ من مبادئ قضائية؛ ونظم متوالية؛ تتناول كثيراً من شؤونه وأعماله بالتحديث، وتستهدف توحيد الإجراءات وتقليصها، والانطلاق لعملٍ مؤسسي أكثر تكاملاً.

وكلّما كان القاضي - في بلد يُحَكّم الشريعة - أكثر إحاطة بالجوانب الإجرائية الجديدة والمتجددة؛ كلّما كان أكثر إبرازاً لمحاسن الشرع المطهر بكماله وجماله في شقه الموضوعي، وكان هذا التطبيق أنجع دعوة

-صدقاً وحقاً- إليها، فقد كانت عدالة الإسلام ورحمته وسماحته وإنصافه ونصرته للمظلوم وأخذه بيد الضعيف في الصدر الأول من أكثر أسباب اعتناقه في مشارق الأرض ومغاربها.

وفي السياق ذاته؛ فقد اتخذت وزارة العدل من تدريب كل عامليها دثاراً وشعاراً، وجعلته واجباً عليها، وحقاً لكل منتسب لها؛ فاد ذاته، وحسّن أداءه، ونقل علماً وخبرةً إلى وارث.

وفي داخل هذا العدد بيانات إحصائية تلقي بعض الضوء على جهود الوزارة ومنجزاتها في التدريب عموماً والتدريب القضائي خصوصاً وكذا في الابتعاث والإيفاد. وما كان هذا إلا نتاج عمل دؤوب، وشراكات متعددة؛ إذ وُقّعت في هذا الصدد العديد من العقود والاتفاقيات ومذكرات تفاهم مع القطاعين الخاص والعام المتخصص في التدريب كالمعهد العالي للقضاء ومعهد الإدارة العامة والمؤسسة العامة للتدريب التقني والمهني والجامعات وغيرها، علاوة على التدريب الذاتي من الوزارة نفسها. وكذلك إقامة المؤتمرات والندوات والملتقيات المتخصصة التي تسهم في رفع الوعي والمشاركة فيها، ثم توّج ذلك كله بالموافقة على إنشاء مركز التدريب العدلي.

ولا ريب أنّ ذلك التوجيه والتوجه جاءا من نظرة الدولة -لازالت في كل خيرٍ مؤيدةً مسددة- وإيمانها العميق بالمكانة للمورد البشري وأثره، ولذلك جاء في الأمر السامي الكريم ذي الرقم ٢/١٤٩٠٤ في ٢٠ رمضان ١٤٢٨هـ بإطلاق مشروع الملك عبدالله بن عبدالعزيز لتطوير مرفق القضاء

ليتم من خلاله تهيئة الكوادر وتوفير الوظائف اللازمة لتحقيق الغايات والأهداف من إصدار الترتيبات التنظيمية لأجهزة القضاء...إلخ. وفي كلمة لخادم الحرمين الشريفين -يحفظه الله-أمام مجلس الشورى قال: إن المملكة عازمة -بعون الله- على الاستمرار في عملية التطوير، ورفع كفاءة العمل الإداري، وإن الدولة ماضية في تطوير مرفق القضاء، وإن العنصر البشري هو المعنيّ بالتدريب والتعليم والتأهيل، وإنها لكلمات ذات مضامين جمّة، لها دلالات واضحات، تأتي على درج الترقي تهيئةً لبيئةٍ وطنيّة منتجة تحقق التنمية المستدامة والتقدم الاجتماعي المنشود الذي نباهي به بين الأمم، وتسهم في زيادة القدرة التنافسية للوطن، من خلال ما يحققه الموظفون المدربون من جودة تتطلّبُها الأجواء التنافسية بين الدول لتطبيق أحدث الرؤى القيادية والإدارية لمفهوم الحكومة الإلكترونية والذكية، وتوظيف التقنية في كل التعاملات؛ خدمة للمواطن والمقيم على حدٍ سواء على وفق تطلعات القيادة الرشيدة في التطوير.

إن التنمية البشرية في مملكتنا المفدّاة لها مكانها ومكانتها العالية بين الأهداف العامة للتنمية الاقتصادية والاجتماعية، التي تؤكد على توفير عناصر الاستثمار في الفرد الصالح، وتجعل من حقوق مواطنته تهيئته ليكون عاملاً مبدعاً في إنتاجه، قادراً على العطاء؛ بل والعطاء المتميز، خدمةً لدينه وبلاده؛ وإنها لغاية شريفة؛ رخيصٌ ما يبذل لها.

إن من المهم السعى بكل عزيمة وإصرار إلى خلق أفكار عمليّة تطبيقية لمشروعاتٍ تدريبيّة تقوم على تلبية الاحتياجات الإدارية في هيئة حزمٍ

متكاملة، خلال فترة زمنية محددة، لتطوير مهارات كافة منسوبي الوزارة قضاةً وأعواناً، ليُسهم كل ذاك في الارتقاء بمستوى أدائهم بصورة شاملة، ويقضى على التفاوت الناجم عن التدريب الجزئي أو الفردي.

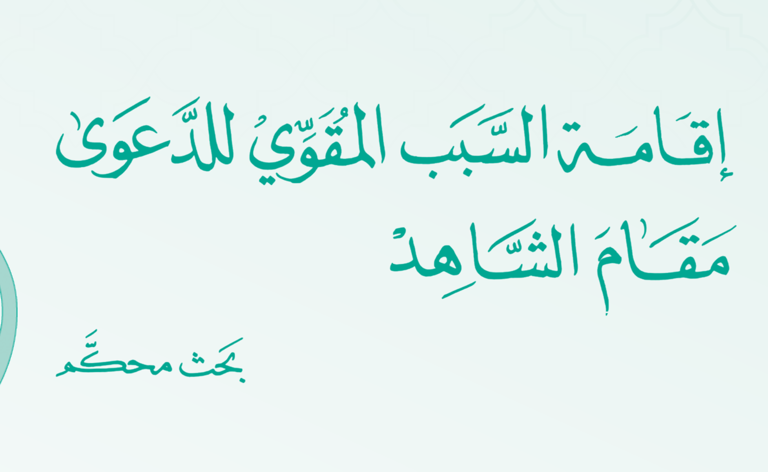
على أنّ التحدي العملي -حقيقةً- إنما يكون بالبحث عن ميادين جديدة يطّبق فيها التدريب والتطوير بإبداع واستدامة، وبِحثّ الموظف العام أيضاً على تقديم مبادراته التطبيقية لتحويل التنظير والمفاهيم القيادية والإدارية الحديثة في تلك البرامج إلى واقع تطبيقي ناجح، مع ضرورة الانتقال بالتدريب إلى مرحلة إكساب الموظفين المهارات الفنية والإدارية والقيادية التي تتطلبها طبيعة أعمالهم طبقاً للاحتياجات التدريبية الفعلية التي تتطلبها تلك الأعمال تحديداً.

والمهتم بالتطوير لا جرم أنه على قناعة لا تتزلزل بوجوب استمرار الحراك التدريبي وتقويمه، إذ لا يجب الوقوف عند المسميات أياً كانت؛ بقدر ما يجب بعد شهود الأثر من تفحّص الجودة النوعية للبرامج التدريبية.

هذا؛ وقد قطعت إحدى أحدث الدراسات العالمية المتعلقة بالتدريب بأن الأفراد الذين يتلقون تدريباً رسمياً في محيط العمل يرتفع معدل إنتاجهم بشكل كبير؛ مقارنةً بمن لا يتلقون ذلك التدريب.

وما توفيقي إلا بالله؛ عليه توكلت وإليه أنيب.

عبداللطيف بن عبدالرحمن الحارثي



إعداد د. سعد بن عمر الخراشي
عضو هيئة التدريس في المعهد العالي للقضاء

ملخص البحث

بيّن الباحث التالي:

– تعريف المصطلحات التالية:

البينة: اسم لكل ما يبين الحق.

القرينة: استنباط القاضي لأمر مجهول من أمر معلوم.

التسبيب: بيان الأدلة الواقعية والقانونية التي بنى عليها القاضي حكمه.

اليمين المتممة: اليمين التي يوجهها القاضي من تلقاء نفسه إلى أي من الخصمين ليستكمل بها اقتناعه.

– بعض الأسباب والأدلة التي تُبنى عليها الأحكام، وأن الأدلة لها حقيقة نسبية يمكن إثبات عكسها.

– وجود خلاف بين العلماء في فريق يرى انحصار البينات بطرق محددة لا يتم الإثبات إلا بها وفريق يرى أنها غير محصورة.

– أن البينات متفاوتة في القوة والضعف بسبب تفاوت الظن المستفاد من البينة، فكلما قوي الظن المستفاد قويت البينة في الإثبات، ثم ذكر صور التفاوت بين طرق الإثبات فيما بينها وبين التفاوت الحاصل في الطريق الواحد منها: تقديم القرائن على أصل براءة الذمة.

– أهمية القرائن ودورها في الإثبات، وأن الاستدلال بها يقوم على الظن والترجيح، والغلط فيها وارد، وإثبات العكس ممكن.

- للقرينة القضائية ركنان: مادي ومعنوي.
- قسم القرائن القضائية باعتبار قوتها إلى ثلاثة أقسام:

الأول: قوية تبلغ حد اليقين، يجب العمل بها.

الثاني: متوسطة، يؤخذ بها إن قويت بغيرها.

الثالث: ضعيفة، لا يُلتفت إليها.

- شروط استنباط القرائن القضائية.
- حرية القاضي في استنباط القرائن التي يبني عليها قناعته ثم حكمه، إلا أن استنباطه خاضع لرقابة الجهة القضائية الأعلى.
- قد تكون القرينة دليلاً مستقلاً لثبوت الحق، وقد تكون مكملة لأدلة أخرى.
- وجوب تسبيب القاضي حكمَه وأن يكون على قدر كبير من الإتقان.
- أهمية تسبيب الحكم القضائي.
- التصرف الفعلي قد يقوم مقام الإذن القولي، ثم ضرب أمثلة قامت فيها شواهد الأحوال والأفعال مقام الشاهد القولي منها: اعتبار سكوت البكر في الاستئذان دليلاً على رضاها.
- عدداً من الأدلة الشرعية والتطبيقات الدالة على اعتبار الأسباب المقوية للدعوى وجعلها تقوم مقام الشاهد.
- عدداً من التطبيقات القضائية لموضوع البحث.

المقدمة

إن الحمد لله، نحمده ونستعينه ونستغفره، ونعوذ بالله من شرور أنفسنا ومن سيئات أعمالنا، من يهده الله فلا مضل له، ومن يضلل فلا هادي له، وأشهد أن لا إله إلا الله وحده لا شريك له، وأشهد أن محمداً عبده ورسوله صلى الله عليه وعلى آله وصحبه وسلم تسليماً كثيراً، أما بعد:

فإن دور القاضي في العملية القضائية دور محوري بارز؛ إذ هو نقطة ارتكازها، وصمام أمانها وبقدر الجهد الذي يبذله، ومقاربته للحقائق القضائية مع الواقعية ما أمكن، وسعيه الحثيث لتحقيق مقاصد القضاء من إنصاف المظلوم، وحفظ الحقوق وإيصالها لأهلها، وتحليه بكفاءة عالية، واتصافه بجملة من المواهب الربانية من ذكاء وفهم وحذق وفطنة وسرعة بديهة مع قدرة عالية على إعمال النشاط الذهني المطلوب للوصول للحقيقة يوفق ويسدد ويعان ويهدى للحقيقة.

والقاضي في ميدان الإثبات يتعامل مع نوعين من أدلة الإثبات، أدلة إثبات توصل للواقعة المراد إثباتها من غير واسطة، وأخرى غير مباشرة تقودنا للحقيقة من خلال الواسطة. ولا شك أن هذا النوع من الإثبات معقد أوبالغ التعقيد في بعض صوره، ويحتاج إلى جهد كبير، ونشاط ذهني حاد قادر على حلحلة القضايا، وفك مغاليقها، وكثير من القضايا في أروقة المحاكم لا يتوافر في إثباتها الدليل المباشر الذي لو وجد

لأغنى، واختصـر الفصل في النزاع مما يلجئ القاضي إلـى النظر والبحث عن الأدلة غـير المباشرة، والتي هي في طبيعتها متفاوتة وليست على السواء من جهة القوة؛ ففيها ما يرتقي ليكون كافياً لوحده كالقرينة القاطعة، وفيها ما يحتاج إلى توافر مجموعة من العوامل المقنعة له تكفي للفصل لوحدها، أو يعززها القاضي بيمين ونحو ذلك.

وموضـوع بحثنا هذا له ارتباط بالأدلة غير المباشرة، وتحديداً القرائن، وأنها قد تقوم مقام الشاهد وتنـزَّل منزلته، فربما صلحت لوحدها للفصـل، أو عززها الحاكم بيمين مـن قوي جانبه. ويسمي المالكية تلك القرائن وشواهد الأحوال بالشاهد العرفي. وأن الشاهد العرفي ينزَّل منزلة الشاهد الحقيقي.

مـن خلال التقاط القاضي الوقائع القريبة من الواقعة الأصلية، ومن ثمَّ قيامه بعملية استنبـاط لتأكيد وجود الواقعة الأصلية، وتتم هذه العملية على أسس عقلية في مجال استخلاص النتائج، ويتمتع فيها القاضي بسلطة تتيح له تقدير الدليل أو الأدلة المطروحة أمامه مع مراعاة الإجراءات اللازمة في مثل هذه الأحوال.

وسيظهـر للقـارئ الكريم من خلال هذا البحـث العلاقة الوثيقة التـي لا تنفك بين جانب الاستدلال ومراعاة القرائن وشواهـد الأحوال وجانب التسبيب والحكم، وأنه على قدر التسبيب المقنع والصحيح لهذه القرائن تكون النتيجة موصلة وكافية للحكم الصحيح، والتي جعلتها تقوم مقام الشاهد وتنزَّل منزلته؛ ولذا سأشير في ثنايا البحث لبعـض مسائل البينـات والقرائن وتسبيب الحكم القضائي التـي أرى جدوى إدراجها وترابطها جميعاً، ليخـرج البحث في سياق متناسق مترابـط، وسميته: (إقامة السبب المقـوّي للدعوى مقام الشاهـد). والله الموفق ومنه أستمد العـون والتوفيق والسداد، وصلى الله على نبينا محمد وآله وصحبه أجمعين.

المبحث الأول
مبنى الحكم في الدعاوى[1]

تتعدد الأسباب الصالحة للفصل في القضايا والتي يبني القاضي عليها حكمه تبعاً لملابسات كل قضية، ومن جملة هذه الأسباب الاستناد في الحكم على الشهادة كشهادة اثنين أو ثلاثة أو أربعة أو شاهد ويمين أو شهادة رجل وامرأتين أو رجل واحد أو امرأة واحدة أو امرأتين أو أربع نسوة.

وتارة يكون مستند الحكم الإقرار، وتارة اليمين إما يمين المدعى عليه أو القضاء بالنكول وحده أو اليمين المردودة للمدعي أو يمين الاستظهار.

وتارة يكون مستند الحكم على القرائن الظاهرة وشواهد الحال لوحدها وتعزيزها باليمين إن رأى القاضي ذلك.

وتارة يكون مستند الحكم التمسك باستصحاب براءة الأصل، وتارة الترجيح بحيازة اليد للعين المدعاة ... إلخ الأسباب التي يمكن أن تكون مستنداً للحكم من كتابة ومعاينة وخبرة.

فكل من قوي جانبه من أطراف الدعوى وترجح كان بالحكم أولى.

وأسباب الحكم المتقدم ذكرها وإن كانت تشكل الإطار النظامي والقانوني للحكم إلا أن هناك مسألة مهمة لا ينبغي أن تعزل عن سياق هذا البحث وهي نسبية حقيقة الأدلة وإمكانية إثبات العكس. فنسبية الوقائع ونسبية الأدلة وقبل ذلك طبيعة الإنسان تفرض أن تكون تلك الأدلة تحمل حقيقة نسبية بمعنى أن كل سبب ممكن إثبات عكسه،

(١) ينظر: الطرق الحكمية ص٩٥، ٩٧، إغاثة اللهفان ٢/٦١٢، زاد المعاد ٣/١٣٣.

فالكتابة مع حجيتها وقوتها قد لا تكون مطابقة للحقيقة ويمكن الطعن فيها بالتزوير وما شابه ذلك، والشهادة قد تكون زرواً وبهتاناً، والإقرار قد يكون مشوباً بما ينقضه، واليمين قد تكون كذباً وغموساً، والمعاينة قد تسبقها عملية تضليل للحقائق، والخبرة رغم دلالتها العلمية البحتة قد لا تكون تمت وفق الأصول العلمية مع ما قد ينضاف لذلك من انخرام أمانة الخبير وهكذا.

وهذا واقع مشاهد ولا يقصد منه أبداً التقليل من شأن الأدلة، فإذا لم يكن بالوسع الوصول في إثبات الحكم إلى حد اليقين فلا أقل من أن يصل إلى مستوى الرجحان أو ما يسميه بعض العلماء الظن الغالب الملتحق بالقطع الذي لا يكاد يذكر معه ما يخالفه ولا يمكن أن يصمد أمامه ما هو ضده، وقد أشار العلامة ابن القيم أن الظنون لا تقع إلا بأسباب تثيرها وتحركها من استصحاب أو اطراد العادة، وقول الشاهد أو شاهد الحال ونحو ذلك.

ويقول: "ولا يقع في الظنون تعارض وإنما يقع في أسبابها وعلاماتها كأن تعارضت أسباب الظنون، فإن حصل الشك لم يُحكم بشيء، وإن وجد الظن في أحد الطرفين حُكم به والحكم للراجح؛ لأن مرجوحية مقابله تدل على ضعفه ... فإن كان أحدهما أرجح من الآخر عُمل بالراجح كالشاهد مع البراءة الأصلية ومع اليد فإنه يُقدَّم عليها لرجحانه"(٢).

فيكفي القاضي أنه اجتهد في حكمه وأقامه على أسباب صالحة سائغة وأنه حكم بحجة رجحت الحق في نظره ولم يعارضها مثلها.

---

(٢) ينظر: إغاقة اللهفان ٦٥/٢.

المبحث الثاني
هل البينات محصورة؟ وما المراد بالبينة؟

ثار الخلاف قديماً وحديثاً بين فريقين من أهل العلم، فريق يرى أن البينات محصورة بطرق معينة ومحددة لا يتم الإثبات إلا بها، وفريق آخر يرى أن البينة غير محصورة وغير محددة بطريق معين، بل كل ما أبان الحق وأظهره فهو بينة يصلح الاعتماد عليها في الفصل في النزاعات القائمة بين الناس.

ولا أعلم أحداً من أهل العلم نافح عن هذا القول ونصره في مواضع متعددة من كتبه كما فعل العلامة ابن القيم، فقد أعطى هذه المسألة أهمية بالغة في كتبه كما في الطرق الحكمية وإعلام الموقعين وإغاثة اللهفان، بل عد القول بحصر البينة بطرق محددة من جملة أغلاط المتأخرين في فهم النصوص، وفي هذا يقول: "البينة في كلام الله ورسوله صلى الله عليه وسلم وكلام الصحابة اسم لكل ما يبين الحق، فهي أعم من البينة في اصطلاح الفقهاء حيث خصوها بالشاهدين، أو الشاهد واليمين، ولا حجر في الاصطلاح ما لم يتضمن حمل كلام الله ورسوله عليه، فيقع بذلك الغلط في فهم النصوص وحملها على غير مراد المتكلم بها، وقد حصل بذلك للمتأخرين أغلاط شديدة في فهم النصوص ونذكر من ذلك مثالاً واحداً وهو ما نحن فيه، لفظ البينة فإنها في كتاب الله اسم لكل ما يبين الحق كما قال تعالى: ﴿لَقَدْ أَرْسَلْنَا رُسُلَنَا بِالْبَيِّنَاتِ﴾الحديد: ٢٥ ، وقال جل وعلا: ﴿وَمَا أَرْسَلْنَا مِن قَبْلِكَ إِلَّا رِجَالًا نُّوحِي إِلَيْهِمْ ۚ فَاسْأَلُوا أَهْلَ الذِّكْرِ إِن كُنتُمْ لَا تَعْلَمُونَ ﴿٤٣﴾ بِالْبَيِّنَاتِ﴾النحل: ٤٣ - ٤٤ ، وقال: ﴿وَمَا تَفَرَّقَ الَّذِينَ أُوتُوا الْكِتَابَ إِلَّا مِن بَعْدِ مَا جَاءَتْهُمُ الْبَيِّنَةُ ﴿٤﴾﴾البينة: ٤ وقال: ﴿قُلْ إِنِّي عَلَىٰ بَيِّنَةٍ مِّن رَّبِّي﴾الأنعام: ٥٧، وقال: ﴿أَفَمَن كَانَ عَلَىٰ بَيِّنَةٍ

مِّن رَّبِّهِۦ ﴾هود: ١٧، وقال: ﴿أَمۡ ءَاتَيۡنَٰهُمۡ كِتَٰبٗا فَهُمۡ عَلَىٰ بَيِّنَتٖ مِّنۡهُۚ بَلۡ إِن يَعِدُ ٱلظَّٰلِمُونَ بَعۡضُهُم بَعۡضًا إِلَّا غُرُورًا ﴿٤٠﴾ ﴾فاطر: ٤٠، وقال: ﴿أَوَلَمۡ تَأۡتِهِم بَيِّنَةُ مَا فِي ٱلصُّحُفِ ٱلۡأُولَىٰ ﴿١٣٣﴾ ﴾طه: ١٣٣.

وهذا كثير لم يختص لفظ البينة بالشاهدين ،بل ولا استعمل في الكتاب فيهما البتة.

إذا عرف هذا فقول النبي صلى الله عليه وسلم: «ألك بينة؟»[٣] ... المراد به: ألك ما يبين الحق من شهود أو دلالة؟ فإن الشارع في جميع المواضع يقصد ظهور الحق بما يمكن ظهوره به من البينات التي هي أدلة عليه وشواهد له، ولا يرد حقاً قد ظهر بدليله أبداً فيضيع حقوق الله وعباده ويعطلها"[٤].

وقال في موضع آخر عن البينة: "ما يبين الحق ظاهراً، وتخصيص البينة بالشهود عرف خاص، وإلا فالبينة اسم لما يبين الحق، فمن كان ظن الصدق من جانبه أقوى كان بالحكم أولى"[٥]، وقال: "والمقصود أن البينة في الشرع اسم لما يبين الحق ويظهره ... فقوله صلى الله عليه وسلم: «البينة على المدعي» [٦] أي عليه أن يظهر ما يبين صحة دعواه، فإذا ظهر صدقه بطريق من الطرق حكم له" [٧]، وقال: "البينة اسم ما يبين الحق، وهو أعم من أن يكون برجال أو نساء، أو نكول، أو يمين، أو أمارات ظاهرة" [٨].

وانتقد ابن القيم بعض الفقهاء ممن لا يرى مراعاة شواهد الحال في الحكم والقضاء، وأن إثبات الحقوق متوقف على طرق معينة، ومما قاله في هذا الشأن: "فالشارع لا يهمل مثل هذه البينة والدلالة – يعني شواهد الحال – ويضيع حقاً يعلم كل أحد

(٣) أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب الأحكام، باب الحكم في البئر ونحوها، ٧٢/٩، رقم (٧١٨٣).

(٤) ينظر: إعلام الموقعين ٧١/١.

(٥) ينظر: الطرق الحكمية ص٢٤.

(٦) جزء من حديث أخرجه الترمذي في سننه، أبواب الأحكام، باب ما جاء في أن البينة على المدعي ...، ٦١٨/٣، رقم (١٣٤١)، وحسنه النووي في الأربعين، الحديث الثالث والثلاثون، وصححه الألباني كما في الإرواء ٣٥٧/٦، ٢٧٩/٨.

(٧) ينظر: الطرق الحكمية ص١٦٠.

(٨) ينظر: الطرق الحكمية ص١٢.

ظهوره وصحته، بل لما ظن هذا من ظنه ضيعوا طريق الحكم، فضاع كثير من الحقوق؛ لتوقف ثبوتها عندهم على طريق معين، وصار الظالم الفاجر ممكَّناً من ظلمه وفجوره، فيفعل ما يريد ويقول: لا يقوم علي بذلك شاهدان اثنان، فضاعت حقوق كثيرة لله ولعباده" [٩].

المبحث الثالث
تفاوت البينات من جهة القوة

البينات التي يلجأ إليها الخصوم ويقدمونها بين يدي دعواهم ليست على درجة واحدة من مضمار الإثبات، بل هي متفاوتة قوة وضعفاً إلى مراتب، وهي في مرتبتي القوة والضعف متفاوتة كذلك قوة وضعفاً، كمالاً ونقصاناً، فالبينة قد تكون شهوداً أربعة أو ثلاثة أو شاهدين أو شاهد ويمين، وقد تكون إقراراً للمدعي، أو نكولاً ويمين، أو يميناً واحدة أو أكثر أو يميناً مردودة، وقد تكون قرائن وشواهد حال، ووضع اليد والحيازة، واستصحاب الحال وغيرها.

ويعود السبب في هذا التفاوت بينها إلى الظن الأقوى المستفاد من هذه الطرق، فكلما كان الظن المستفاد من أي طريق هو الأقوى كان هو الأعلى رتبة في مجال الإثبات، وقد أشار إلى هذا المأخذ ابن القيم في أكثر من موضع كتبه [١٠]، ومما قاله في هذا الصدد: أنه لما كان الظن المستفاد من الإقرار أقوى من الظن المستفاد من شهادة الشهود قُدّم الإقرار عليها؛ ولهذا اكتفى كثير من الفقهاء بالمرة الواحدة في الإقرار بالزنا والسرقة، لأجل هذه القوة وعلل ذلك بكون وازع المقر طبعي ووازع الشهود

(٩) ينظر: إعلام الموقعين ١/٧١.

(١٠) انظر على سبيل المثال: إغاثة اللهفان ٢/٦٤، ٦٦، الطرق الحكمية ص٥، ٩، ١٢، ١٤، إعلام الموقعين ١/٧٦.

شرعي، والوازع الطبعـي أقوى من الوازع الشرعي؛ ولهذا يُقبـل الإقرار من المسلم والكافر، والبر والفاجر، لقيام الوازع الطبعي، ومن أجل ذلك كان الوازع عن الكذب من المقر على نفسه مخصوصاً بالمقر مما جعل الإقرار حجة قاصرة عليه.

ولما كان الوازع الشرعـي عاماً بالنسبة إلى جميع الناس كان حجة عامة، فإن خوف الله يزع الشاهد عن الكذب في حق كل أحد فكان قوله حجة عامة لكل أحد (١١).

وخلاصـة ما سبق لمـا كان وازع الكذب مختصاً بالمقر قُصـر عليه، فهو خاص قوي والشهادة عامة ضعيفة بالنسبة لغيرها.

وما تقـدم ينسحب على بقية طرق الإثبات مما هي دون الإقـرار والشهادة، فالإقرار إذا ظهـرت أمارات كذبه وبطلانـه لم يلتفت إليه، ولم يحكم به على المقر وكان وجوده كعدمه.

يقول ابن القيم: "وهذا هو الحق الذي لا يجوز الحكم بغيره" (١٢).

وكذا إذا غلط المقر، أو أخطأ، أو نسي، أو أقر بما لا يعرف مضمونه، لم يؤاخذ بذلك الإقرار ولم يحكم به عليه، كما لو أقر مكرهاً.

وقال في الطرق الحكمية: "إن القرائن إذا اتضحت وقويت قدمت على الإقرار، فإن الإقـرار إذا كان لعلة اطلع عليها الحاكم لم يلتفت إليه أبداً، ولذلك ألغينا إقرار المريض مرضـ الموت بمال لوارثـه؛ لانعقاد سبب التهمة، واعتماداً علـى قرينة الحال في قصد تخصيصه" (١٣).

وقد أصَّل لهذه المسألة بقصة المرأتين اللتين اختصمتا عند سليمان عليه السلام فأقرت

---

(١١) ينظر: إغاثة اللهفان ٢/ ٦٤.

(١٢) ينظر: إغاثة اللهفان ٢/ ٦٦، الطرق الحكمية ص٥.

(١٣) الطرق الحكمية ص٥.

الصغـرة بالابن للكبرى [١٤]، لإقرارها وقضـى به لها لما رأى من مسارعة الكبرى ورضاها بشقه نصفين استرواحاً منها راحة التسلي والتأسي بذلك، بل أدركتها شفقة الأم ورحمتها فناشدته أن لا يفعل استرواحاً إلى بقاء الولد ومشاهدته حياً وإن اتصل بالأخرى [١٥].

وسأعرضـ لبعض صور التفاوت بين طرق الإثبات فيما بينها وبين التفاوت الحاصل في الطريق الواحد:

- يقسم الشافعي رحمه الله البينة إلى قسمين: بينة كاملة العدد، وبينة ناقصة العدد، يحلـف مقيمها معهـا، كالشاهد مع اليمـين [١٦]، فلا شك أنها دون البينـة الكاملة، بل يضعهـا بعض العلماء في إطار البينة الضعيفة التي تقوى بيمين المدعي، بل ذهب بعض العلمـاء في هذه المسألة إلى تحليف المدعي على صـدق شاهده، فيقول مع يمينه: وإن شاهدي لصادق [١٧].

- تقديم القرائن الظاهرة على مجرد اليد، فإن العلم المستفاد من القرائن أقوى بكثير من العلم المستفاد من مجرد اليد [١٨].

- النكـول ليس بينـة من المدعي ولا إقراراً من المدعى عليـه، فهو حجة ضعيفة فلم يقو على الاستقلال بالحكم، فإذا حلف المدعي قوي جانبه، فاجتمع نكول المدعى عليه ويمين المدعي فقاما مقام الشاهدين أو الشاهد واليمين [١٩].

- شهـادة العدل أقوى مـن استصحاب الحال، فإن استصحـاب الحال من أضعف

(١٤) سيأتي ذكر الحديث لاحقاً مع تخريجه.
(١٥) ينظر: إغاثة اللهفان ٢/ ٦٦.
(١٦) ينظر: الحاوي ١٧/ ٧٢.
(١٧) ينظر: الطرق الحكمية ص١١٦، ١٤٢.
(١٨) ينظر: الطرق الحكمية ص٧، ٩، ١١٣، إعلام الموقعين ١/ ٧١.
(١٩) ينظر: الطرق الحكمية ص١١٦.

البينـات؛ ولهذا يُدفع بالنكـول تارة، واليمين المردودة تـارة، وبالشاهد واليمين ودلالة الحال، وهو نظير رفع استصحاب الحال في الأدلة الشرعية بالعموم والمفهوم والقياس، فيرفع بأضعف الأدلة، فهكذا في الأحكام يرفع بأدنى النصاب (٢٠).

- ما يقوم مقـام الإقرار من شواهد الحال أبلغ وأصدق من الإقرار (٢١)، وكما يقول المالكية: الشاهد العرفي أقوى من البينة الناطقة (٢٢).

- تقديم القرائن على أصل براءة الذمة (٢٣).

المبحث الرابع

قيمة القرائن ودورها في الإثبات وتعامل القاضي معها

لا ريب أن للقرائن دور كبير وفعال وحاسم في جانب الإثبات القضائي، هذا الدور يـزداد أهمية يوماً بعد يوم سيما في هذا الزمـن المتغير في كل شيء مع ضعف الأمانة وانحـلال القيم الدينية عند طائفـة كبيرة من الناس، حتى لتكاد تفقـد الأدلة التقليدية قوتهـا في حسم النزاعـات، فما من حقيقة قضائية إلا ويمكـن إثبات عكسها كما تقدم ذكره وهذه هي طبيعة الأدلة القضائية.

ويمكن القول أن قيمة اللجوء للقرائن وأهميتها تعود لسببين:

السبب الأول: أن الحالات التي تقوم على الإثبات المباشر في الحقيقة محدودة، وهي مع محدوديتها قد تكون مقيدة بنصاب معين لا يمكن الإثبات به دون تحققه، إضافة إلى كون الإثبات بها عزيز وغير متيسر في كثير من الأحيان مما يُلجئ القاضي إلى النظر في

(٢٠) ينظر: إعلام الموقعين ١/٧٦.

(٢١) ينظر: الاختيارات الفقهية ص٦٣٩، إعلام الموقعين ١/٧٦.

(٢٢) ينظر: البهجة في شرح التحفة ٢/٥٧٨.

(٢٣) ينظر: الطرق الحكمية ص٧.

الأدلة غير المباشرة كوسيلة أخرى للوصول للحقيقة يمارس من خلالها سلطة استنباط عقلية ومنطقية مستفادة من سياقات الدعوى وملابساتها وحجج الطرفين.

السبب الثاني: التقدم العلمي والتقني الكبير في شتى العلوم، فكم من قضية أحكمت خطتها، وعسر فهمها، وأغلقت على القاضي استطعنا بفضل الله تعالى ثم ما توافر من تقنيات حديثة قدمها العقل البشري الوقوف على حقائقها. وفي هذا تقف القرائن والوقائع المادية في مقدمة الأدلة التي يستعان بها في الإثبات وترجيح أحد الأطراف على الآخر.

والقاضي عند اللجوء إلى الاستدلال بالقرائن وشواهد الحال يقوم بعملية دقيقة قوامها الاستنباط وأساسها الوقائع الظاهرة في الدعوى، والتي يقوم بينها علاقة ترابطية. بحيث نقول: متى ما ثبتت هذه الواقعة ترتب عليها إثبات الواقعة الأولى.

فعند التعامل مع القرائن لدينا مرحلتين:

المرحلة الأولى: التحقق من الوقائع القريبة في الدعوى مما يراد إثباته، فقد يكون مصدر القرينة واقعة واحدة، وربما كان ذلك المصدر جملة من الوقائع لا ترقى منفردة عن بعضها البعض لتكوين صورة أولية واضحة المعالم بالنسبة للقاضي لكن بمجموعها تعزز هذا التصور الأولي دليلاً دليلاً فتورث العلم، وكما يقول أبو حامد الغزالي رحمه الله: "إن اقتران الدلائل كاقتران الأخبار وتوافرها، وكل دلالة شاهدة يتطرق إليها الاحتمال كقول كل مخبر على حياله وينشأ من الاجتماع العلم" (٢٤).

والمرحلة الثانية: استنباط الواقعة من الأمارة، ولما كانت هذه العملية من تحقق وفرز للوقائع واستنباط وترجيح كلها من جهد القاضي الشخصي، وهو الذي يقع عليه

(٢٤) ينظر: المستصفى ١/ ١٠٨.

العبء فيها كان من الأهمية بمكان اتصاف القاضي بقدر كبير من الفطنة والفهم العالي والذكاء وحسن الاستنباط مع جملة مواهب أخرى.

إضافة لما سبق فعلى القاضي مراعاة شروط الأخذ بالقرينة من جهة التحقق من استيفائها للشروط، وجهة ثبوتها وتحققها، فإذا خالطه شك مؤثر ككون القرينة مفتعلة، أو مختلقة اطرحها، ولم يلتفت إليها، كما لم يكن وجود السقاية في رحل أخي يوسف عليه الصلاة والسلام دليلاً على السرقة، إذ هي قرينة مختلقة كما قال تعالى: ﴿فَلَمَّا جَهَّزَهُم بِجَهَازِهِمْ جَعَلَ ٱلسِّقَايَةَ فِى رَحْلِ أَخِيهِ ثُمَّ أَذَّنَ مُؤَذِّنٌ أَيَّتُهَا ٱلْعِيرُ إِنَّكُمْ لَسَٰرِقُونَ ﴿٧٠﴾﴾ يوسف: ٧٠.

وإذا تعارضت القرائن رجح بينها إذا لم يمكنه الجمع، فإن إخوة يوسف عليه الصلاة والسلام استدلوا على قتل الذئب لأخيهم بقرينة وجود الدم الكاذب على الثوب غير أن هذه القرينة قابلها سلامة الثوب من التمزيق وعدم إحضار الجسد لترجح هاتان القرينتان على قرينة القتل.

وعوداً على بدء فإن استخلاص النتيجة النهائية للقضية ينبني على وقائع تتوالى وتأخذ منحنى تسلسلياً يرتبط آخره مع أوله، وتظهر نتائجه بناء على مقدماته، وهذه النتائج ليس بالضرورة يقينيتها بل يكفي رجحانها على غيرها، وإن احتاج القاضي إلى تكميلها بإجراء تكميلي فعله.

وأخيراً يجب في هذا المقام أن يُلفت نظر القارئ إلى أمر جد مهم، وهو أن الاستدلال بالقرائن استدلال يقوم على الظن والترجيح. والغلط فيها وارد، وإثبات العكس ممكن ومتاح، وقدرات القضاة في استنباطها والتعامل معها متفاوتة، وهم في هذه الاستنتاجات الشخصية يبنون على ظواهر، وكثيراً ما تكذب هذه الظواهر، بل

كثيراً ما يخطئ الإنسان في استنتاجاته، إذ أنهم غير معصومين في قضائهم، كل ذلك يدعو للتعامل بحذر في مسألة الاستدلال ومراعاة قرائن الأحوال قوة وتوسطاً وضعفاً؛ ولذا أنزلت في كثير من النظم والقوانين منزلة البينة، لكنها دون الشهادة والإقرار والكتابة واليمين.

المبحث الخامس

المراد بالقرينة في اللغة والاصطلاح

القرينة في اللغة [٢٥]:

مفرد، وجمعها: قرائن، وهي مشتقة من الاقتران، والذي يدل على المصاحبة والالتزام، وفي التنزيل الكريم: ﴿ وَمَن يَعْشُ عَن ذِكْرِ ٱلرَّحْمَٰنِ نُقَيِّضْ لَهُۥ شَيْطَٰنًا فَهُوَ لَهُۥ قَرِينٌ ﴿٣٦﴾ ﴾ الزخرف: ٣٦.

وقد جاءت القرينة في كلام العرب لمعان متعددة، منها:

١- الزوجة: فقرينة الرجل زوجته، سميت بذلك لمقارنتها زوجها.

٢- النَّفْس: فيقال: أسمحت قرونة الرجل وقرينته، أي: ذلت نفسه، إذا أعطى ما كان يمنع.

٣- الصاحب: فالقرين صاحبك الذي يقارنك، وقرينة الكلام: ما يصاحبه ويدل على المراد.

ويظهر من خلال هذه المعاني أن القرينة تدل على شيء وإن لم تستعمل فيه بل صاحبته ولازمته.

---

(٢٥) ينظر: الصحاح ٦/٢١٨٢، مقاييس اللغة ٥/٧٦، لسان العرب ١٣/٣٣٩، مادة (قرن)، المخصص ١/٧٩.

القرينة في الاصطلاح:

يُعدُّ الجرجاني رحمه الله من أوائل من عرَّف بالقرينة بمعناها الاصطلاحي إذ يقول: أمر يشير إلى المطلوب (٢٦).

ولا شك أن هذا التعريف يأتي في سياق معنى القرينة في معناها العام، فيشمل كل قرينة شرعية أو لغوية أو بلاغية ونحو ذلك.

ويقول الأستاذ مصطفى الزرقا بأن القرينة: كل أمارة ظاهرة تقارن شيئاً خفياً وتدل عليه (٢٧).

وهذا التعريف كسابقه تعريف عام.

وأما تعريفها الاصطلاحي القضائي:

فقد عرِّفت بتعاريف عدة تتفاوت من جهة الصياغة وتتحد من جهة الحقيقة والمضمون، فكلها تدور حول وقائع قضائية ثابتة تستنبط منها وقائع مجهولة، ومن تلك التعريفات:

- استنباط القاضي لأمر مجهول من أمر معلوم (٢٨).

- الأمارة القوية التي يستدل بها القاضي على وقوع أمر خفي من الأوصاف الدالة على ثبوت الواقعة القضائية المؤثرة في الحكم أو نفيها (٢٩).

- ما يستخلصه القاضي من أمر معلوم، للدلالة على أمر مجهول (٣٠).

ويظهر جلياً من هذه التعريفات المتقدمة اتحادها من جهة أنها عملية استنباطية

---

(٢٦) ينظر: التعريفات ص١٧٤.

(٢٧) ينظر: المدخل الفقهي العام ٢/٩١٨.

(٢٨) ينظر: الإثبات في المواد المدنية والتجارية (شتا) ٢/٤/٢.

(٢٩) ينظر: الكاشف ٢/٩٩.

(٣٠) ينظر: قواعد الإثبات ص٢٠٥.

استخلاصية لأمور مجهولة من وقائع معلومة يقوم بها القاضي.

المبحث السادس

أركان القرينة القضائية(٣١)

تقوم القرينة القضائية على ركنين:

١- الركن المادي: ويتكون من وقائع متصلة بالدعوى يتحقق القاضي من ثبوتها، ولا يهم الطريق الذي ثبتت به الواقعة سواء كان ذلك الطريق قام به القاضي بنفسه – كما في المعاينة – أو بغيره ممن يثق به – كأهل الخبرة – أو بأي طريق آخر، ويتمتع القاضي حال تحققه من سلطة واسعة في التعامل مع تلك الوقائع ليستخلص منها القرائن القضائية ويفسرها.

٢- الركن المعنوي: ويتكون من عملية استنباط الدلالات على الوقائع المراد إثباتها، فلابد من إثبات هذا الركن بشكل قاطع حتى يكون الاستنباط سليماً.

المبحث السابع

أقسام القرائن القضائية (الأسباب المقوية للدعوى) باعتبار قوة دلالتها(٣٢)

القرائن القضائية ليست على السواء من جهة القوة، فهي تتفاوت باعتبار هذا المدلول إلى ثلاثة أقسام. والمعوَّل عليه في هذا التقسيم قوة المصاحبة وضعفها؛ فقد ترتقي لمرتبة القطع وقد تهبط إلى درجة الاحتمال، وقد تتوسط بينهما.

(٣١) ينظر: الإثبات في المواد المدنية والتجارية (شتا) ٢/٤/٢٩، وسائل الإثبات (الزحيلي) ص٤٩٦، القضاء بالقرائن المعاصرة ١/١١٨، الكاشف ٢/١٠٦، قواعد الإثبات ص٢٠٧.

(٣٢) ينظر: طرق الإثبات في الشريعة والقانون (البهي) ص٧٤، القضاء بالقرائن المعاصرة ١/١٢٤، الكاشف ٢/١٠٤.

وعليه فإننا نقسِّم القرائن القضائية باعتبار قوة دلالتها إلى ثلاثة أقسام:

القسم الأول: قرائن قوية (ظاهرة) بالغة حد اليقين والقطع، وحكم هذه القرائن وجوب العمل بها.

ويدخل في مراد العلماء من اشتراط اليقين ما يشمل الظن الغالب والراجح؛ لأن دلالة طرق الإثبات مهما قويت فلا تخلو من ظن ولكن المهم هنا ما يمكن أن يسمى علم اليقين وعلم الطمأنينة.

القسم الثاني: قرائم متوسطة من جهة الدلالة. فهذه يتعامل معها القاضي بحذر ويكشف عنها ويسلك فيها مسلك الاحتياط والتثبت، فإن حف بها ما يقويها عُمِل بها، وإن حف بها ما يضعفها تركها ولم يعمل بها.

القسم الثالث: قرائن ذات دلالات ضعيفة تقبل هذا وذاك، تحتمل الشيء ونقيضه وتنزل إلى درجة الاحتمال. وحكم هذه القرائن عدم الالتفات إليها لضعفها والشك فيها.

ويزيد بعضهم قسماً رابعاً: وهي القرائن الكاذبة، وهي التي لا تفيد شيئاً من العلم ولا من الظن ولا يؤخذ منها حكم.

وقد قسم ابن القيم القرائن القضائية من جهة قوتها إلى ثلاثة أقسام وبيّن حكم العمل بها فقال:

"والمعوَّل في ذلك على القرائن، فإن قويت حكم بموجبها، وإن ضعفت لم يلتفت إليها، وإن توسطت طلب الاستظهار وسلك طريق الاحتياط" [٣٣].

---

(٣٣) ينظر: الطرق الحكمية ص٢١٢.

المبحث الثامن

شروط استنباط القرائن القضائية [٣٤]

(الأسباب المقوية)

لَمَّا كان موضوع البحث متعلقاً بالأسباب المقوية للدعوى وهي الاستنباط الصحيح ليكون السبب مقوياً بحق للدعوى.

فيشترط في عملية الاستنباط للقرائن القضائية توافر الشروط الآتية:

١- أن يكون للقرينة صدى في أوراق الدعوى، بمعنى أن يكون الاستنباط مبنياً على واقعة ثابتة مما تداعى فيه الخصوم وقدموه للمحكمة وتم تدوينه في ضبط القضية. فلا يستدل القاضي أو يستنبط من أقوال أو أدلة لا سند لها في ضبط القضية وأوراق الدعوى.

٢- أن يكون استخلاص القرينة سائغاً، بمعنى أن يكون استدلالاً مبنياً على وقائع ثابتة مما تداعى فيه الخصوم وله سنده من الأوراق المقدَّمة ومؤدياً إلى النتيجة التي بنى عليها قضاؤه.

وعلى القاضي التأكد من صحة استنباطه واستنتاجه بتكرار النظر والفحص والتأمل فيما ظهر له.

٣- أن يكون الاستنباط مؤدياً إلى النتيجة ومؤثراً في ثبوت القضية المتنازع فيها، بحيث يكون ما استخلصه القاضي خلال نظره القضية بتأمل وفحص يسير فيه من المقدمات إلى النتائج، ومن المعلوم إلى استنباط المجهول تقريره، ومن الدليل إلى

---

(٣٤) ينظر: الإثبات في المواد المدنية والتجارية (شتا) ٢/٤/٤٩، الكاشف ٢/١٠٨، قواعد الإثبات (فرج) ص٢٠٦، ٢٠٧، طرق وأدلة الإثبات (طلبة) ص٥١٤.

المدلــول من خلال سلطته القضائية في تقدير الأدلــة وما يمكن أن يكون صالحاً منها في الاعتماد عليه لما خلص إليه.

٤- أن يكون الاستنباط متسلسلاً، ينتقل فيه القاضي من المقدمات إلى النتائج، ومن المعلوم إلى استنباط المجهول، ومن الدليل إلى المدلول.

٥- ألا يعارض المعنــى المستنبط ما هو أقوى من العلل والمعاني التي تؤدي إلى نفي الواقعة.

٦- أن يكون الاستنباط كافياً وافياً مبيناً فيه المعنى المستنبط والأدلة والوقائع المستفاد منهـا، والرد على ما يعارضه من أقوال الخصــوم ودفوعهم وبيناتهم، ولا يكون مجرد ظن ضعيفٍ ولا خارج عن طرق الاستدلال المقررة شرعاً في تفسير الوقائع.

٧- إذا أقيــم الحكم على مجموعــة قرائن سواء من وقائع الدعــوى أو من مسالك الخصــوم فيها، فيجب أن تكون تلك الوقائع والمسالــك متساندة يكمل بعضها بعضاً، وسائغة وتؤدي في مجموعها إلى النتيجة التي انتهت إليها.

المبحث التاسع
أهمية مراعاة الأسباب المقوية للدعوى بالنسبة للقاضي

بقــدر مراعاة القاضي للأسبــاب المقوية للدعوى وتمكنه مــن استخراجها وتنصيبها وبنــاء حكمه على أسس صحيحة مقبولة بقدر ما تنمو عنده الملكة القضائية التي تقوده إلى معرفة المحق من المبطل والصادق من الكاذب.

ولا ريــب أن عملية المراعاة هذه تحتاج إلى صفات شخصيــة ونفسية وعلمية تؤهل القاضي للقيام بعملية اختيار الأسباب القوية من بين عدة أسباب صالحة وكافية لإصدار

الحكم، وقلما اجتمعت تلك الصفات في حاكم إلا وصارت له تلك الملكة القضائية.

والناس متفاوتون في الأفهام كتفاوتهم في قوى الأبدان، فمنهم المتمكن من الفهم وإدراكه، ومنهم من يقتصر في الفهم على مجرد اللفظ دون سياقه ودون إيمائه وإشارته وتنبيهه واعتباره، وهذا من صميم حكمة الله وتدبيره: ﴿فَفَهَّمْنَاهَا سُلَيْمَانَ﴾الأنبياء: ٧٩، ولو كانت الأفهام متساوية، لتساوت أقدام العلماء في العلم ولم يتميز فهم أحد.

وقد قال ابن القيم رحمه الله بعد إيراد قصة المرأتين مع نبي الله سليمان عليه الصلاة والسلام: "ولا أحسن من هذا الحكم وهذا الفهم، وإذا لم يكن مثل هذا في الحاكم أضاع حقوق الناس"(٣٥).

وبقدر فهم القاضي للواقعة وكمال علمه واتساع ذكاءه يوفق للصواب، وغالباً يكون عدم اتضاح الأمور على حقيقتها بالنسبة للقاضي سببه إما عن سوء الفهم، أو نقص العلم.

ولما قال رجل لإياس بن معاوية: علمني القضاء، قال له: إن القضاء لا يعلم، إنما القضاء فهم. ولكن قل: علمني العلم(٣٦).

يقول ابن القيم معقباً: "وهذا هو سر المسألة، فإن الله سبحانه وتعالى يقول: ﴿ وَدَاوُودَ وَسُلَيْمَانَ إِذْ يَحْكُمَانِ فِي الْحَرْثِ إِذْ نَفَشَتْ فِيهِ غَنَمُ الْقَوْمِ وَكُنَّا لِحُكْمِهِمْ شَاهِدِينَ ﴿٧٨﴾ فَفَهَّمْنَاهَا سُلَيْمَانَ ۚ وَكُلًّا آتَيْنَا حُكْمًا وَعِلْمًا ۚ وَسَخَّرْنَا مَعَ دَاوُودَ الْجِبَالَ يُسَبِّحْنَ وَالطَّيْرَ ۚ وَكُنَّا فَاعِلِينَ ﴿٧٩﴾ ﴾ الأنبياء: ٧٨ - ٧٩. فخص سليمان بفهم القضية وعمهما بالعلم.

وكذلك كتب عمر إلى قاضيه أبي موسى في كتابه المشهور: «الفهم الفهم فيما أدلي إليك». والذي اختص به إياس وشريح مع مشاركتهما لأهل عصرهما في العلم: الفهم

(٣٥) ينظر: إعلام الموقعين ٤/٢٨٣.

(٣٦) ينظر: الطرق الحكمية ص٣٤.

في الواقـع والاستدلال بالأمـارات وشواهد الحال وهذا الذي فـات كثيراً من الحكام فأضاعوا كثيراً من الحقوق" [٣٧].

ويقول: "والحاكم إذا لم يكن فقيه النفس في الأمارات ودلائل الحال ومعرفة شواهده وفي القرائـن الحالية والمقالية كفقهه في جزئيـات وكليات الأحكام أضاع حقوقاً كثيرة على أصحابها، وحكم بما يعلم الناس بطلانه ولا يشكون فيه اعتماداً منه على نوع ظاهر لم يلتفت إلى باطنه وقرائن أحواله.

فهاهنـا نوعان من الفقه لابـد للحاكم منهما: فقه في أحكام الحـوادث الكلية، وفقه في نفس الواقـع وأحوال الناس، يميز به بين الصادق والـكاذب، والمحق والمبطل، ثم يطابـق بين هذا وهذا، فيعطي الواقع حكمه مـن الواجب، ولا يجعل الواجب مخالفاً للواقع"[٣٨].

وعندما نركز على أهمية مراعـاة الأسباب المقوية للدعوى واطراح ما دونها؛ فذلك لأن الأسبـاب التي يركن إليها الحاكم متعددة متفاوتة قـوة وضعفاً، فمنها ما يبلغ مبلغاً تكـون فيه الأسباب أقوى من البينة أو الإقرار أو تنزل منزلة الشهادة، ومنها ما يتوسط بـين ذلك يدور بين الراجـح والمجروح على حسب الملابس لـه، ومنها ما هو متهافت ضعيف يدور في حيز الاحتمال والتخمين، لا يلتفت الحاكم إليه ولا يعول عليه أبداً.

والنـاس في هذه المسألة طرفان ووسط ما بين مهـدر للأسباب وترتب على إهداره تعطيـل كثير من الأحكام وتضييع كثير من الحقوق، وتيه الإنسان بين جهل الحق وظلم الخلـق، وبين من جعل معوله عليهـا، وتوسع في أمور ظنها أسبابـاً صالحة وأثبتوا بها أحكاماً فوقع في أنواع من الظلم والفساد.

---

(٣٧) ينظر: الطرق الحكمية ص٣٤.

(٣٨) المرجع السابق ص٤.

وفريق توسط في ذلك فراعى الأوضاع الشرعية ولم يهمل الأسباب الصالحة للحكم من قرائن وشواهد حال ونحوهما.

"فإن الشارع في جميع المواضع يقصد ظهور الحق بما يمكن ظهوره به من البينات التي هي أدلة عليه وشواهد له، ولا يرد حقاً قد ظهر بدليله أبداً فيضيع حقوق الله وعباده ويعطلها، ولا يقف ظهور الحق على أمر معين لا فائدة في تخصيصه به مع مساواة غيره في ظهور الحق أو رجحانه عليه ترجيحاً لا يمكن جحده ودفعه كترجيح شاهد الحال على مجرد اليد في صورة مَنْ على رأسه عمامة وبيده عمامة أخرى وآخر خلفه مكشوف الرأس يعدو إثره ولا عادة له بكشف رأسه، فبينة الحال ودلالته هنا تفيد في ظهور صدق المدعي أضعاف ما يفيد مجرد اليد عند كل أحد، فالشارع لا يهمل مثل هذه البينة والدلالة ويضيع حقاً يعلم كل أحد ظهوره وحجته، بل لما ظن هذا من ظنه ضيعوا طريق الحكم فضاع كثير من الحقوق، لتوقف ثبوتها عندهم على طريق معين، وصار الظالم الفاجر ممكناً من ظلمه وفجوره فيفعل ما يريد، ويقول: لا يقوم علي بذلك شاهدان اثنان، فضاعت حقوق كثيرة لله ولعباده، وحينئذ أخرج الله أمر الحكم العلمي عن أيديهم وأدخل فيه من أمر الأمارة والسياسة ما يحفظ الحق به تارة ويضيع به أخرى ويحصل به العدوان تارة والعدل أخرى"[٣٩].

(٣٩) ينظر: إعلام الموقعين ١/ ٧١.

المبحث العاشر
سلطة القاضي التقديرية في استنباط القرائن القضائية

(الأسباب المقوية للدعوى) [٤٠]

يُعدُّ استنباط القرائن القضائية في الدعوى من المسائل الموضوعية التي يستقل بها قاضي الدعوى ويعتمد عليها في تكوين حكمه، فإذا كنا نعتقد أن كل واحد من الخصمين له الحق في أن يعرض على القاضي الوقائع التي يريد أن يجعلها أساساً لاستنباط ما يدعيه، فإن من المسلّمات - أيضاً - أن القاضي حر في اختيار أي واقعة من الوقائع الثابتة أمامه.

وله في ذلك سلطة واسعة في أن يختار منها ما يشاء، فقد يأخذ من أقوال أحد الخصوم، أو ورقة من الأوراق المقدمة، أو إفادة من أحد الشهود حتى لو قصرت قيمتها عن قيمة الدليل، فهذه الوقائع التي يستنبطها ويستخلص منها ما يكون كافياً لحكمه قد تكون مرتبطة بأطراف الخصومة أو بأحدهما، أو ربما كانت تلك الوقائع وقائع أجنبية خارجة عنهما بحيث تسمح باستنباط الثانية من الأولى.

فالقاضي حر في اختيار أية واقعة ثابتة أمامه، وله في ذلك سلطة قد لا تتوافر أي دليل إثبات آخر.

ثم هو بعد ذلك حر في تكوين اقتناعه منها، فقد تكفيه قرينة واحدة ظاهرة، وقد تستند قناعته إلى جملة قرائن يُكمِّل بعضها بعضاً وتؤدي في مجملها إلى النتيجة التي خلص إليها، وقد لا تقنعه قرائن تعددت لكونها كلها ضعيفة من جهة الدلالة.

---

(٤٠) ينظر: الإثبات في المواد المدنية والتجارية (شتا) ٤٣١/٤/٢، طرق وأدلة الإثبات ص٥١٤-٥١٩، ٥٤٤، قواعد الإثبات ص٢٠٦-٢٠٩.

فلا تثريب على القاضي في الأخذ بأي دليل اقتنع فيه ما دام استنباطه سائغاً ومقبولاً وكافياً لحمل قضاءه عليه.

فالقاضي حر في اختيار الوقائع، وتقدير ما يقدم له من أدلة، وحر في الاستنباط من هذه الأدلة، وحر في تحصيل فهم الواقعة.

وإذا كان القاضي يتمتع بهذه السلطة الواسعة، فإن مما يجدر ذكره والتنبيه عليه أن القاضي لو أورد أسباباً لإثبات قرينة أو نفيها، فإن هذه الأسباب تخضع لرقابة الجهة القضائية الأعلى، فعليه أن يراعي في ذلك شروط استنباط القرائن القضائية.

المبحث الحادي عشر
انفراد القرينة القضائية (السبب) في الدلالة تارة أو تركيبها مع غيرها من الأدلة

نص نظام المرافعات الشرعية السعودي في مادته (١٥٥) على أنه: "يجوز للقاضي أن يستنتج قرينة أو أكثر من وقائع الدعوى أو مناقشة الخصوم أو الشهود لتكون مستنداً لحكمه، أو ليكمل بها دليلاً ناقصاً ثبت لديه، ليكوِّن بهما معاً اقتناعه بثبوت الحق لإصدار الحكم".

فيؤخذ من هذه المادة أن القرينة أو السبب المقوي للدعوى قد تكون لوحدها دليلاً مستقلاً لثبوت الحق ومستنداً لحكمه، وقد تكون القرينة مكملة لدليل أو أدلة أخرى ناقصة بحيث نقول: إنه لم يتوافر عند القاضي القوة لقرينة واحدة لكنها من الممكن أن تعزز أدلة ناقصة سواء قرائن أو غيرها يتوافر لها القوة اللازمة المطمئنة للقاضي، فتصبح مجتمعة كالدليل الواحد المكوَّن من أجزاء قد لا يتوافر لكل واحد منهم بمفرده

قوة الإقناع لكنه عند اجتماعه مع غيره يكون كذلك كقوة الدليل الواحد.

وقد نصت اللائحة التنفيذية لهذه المادة: "عند استنتاج القاضي للقرينة يبين وجه دلالتها"، فعليه أن يبين مصدر القرينة ووجه الدلالة منها.

المبحث الثاني عشر
توطئة في تسبيب الحكم القضائي

إن الحكم القضائي ليس عملية تلقائية تنتج عن تصرف إجرائي وحيد يقوم به القاضي، بل هو في الحقيقة نتاج مجموعة من الإجراءات المترابطة التي لا ينفك بعضها عن بعض، فصحيفة الدعوى التي يقدمها المدعي تمثل بالنسبة له الأساس الواقعي والنظامي لمطالباته وتأكيد قوة جانبه، وينصب عمل المدعي طوال أمد المحاكمة إلى تعزيز وتقوية مطالبه بما يقدِّمه من أدلة شفوية أو كتابية أو خارجية مباشرة أو غير مباشرة، ويقابل الدور الذي يبذله المدعي دور آخر يقوم به خصمه – المدعى عليه – في عملية مضادة، ليقدم من خلالها دفوعه الداحضة على شكل وقائع يحاول من خلالها تقوية جانبه وإسقاط دعوى خصمه، وأن مجمل الأسباب التي ذكرها المدعي لا تصلح أن تكون أساساً يعتمد عليه القاضي، من ثم رفض مطالبات المدعي وعدم قبول ما استند عليه، ويستمر الأمر كذلك حتى يوصد القاضي باب المرافعة، ويتهيأ لإصدار حكمه في الواقعة، وهو قبل ذلك يقوم بعمل كبير إزاء ذلك من فرز الوقائع وغربلتها واستبعاد ما ليس متعلقاً بالدعوى، وغير المنتج فيها، وغير المتنازع عليه، ثم يحصر النزاع من حيث الوقائع في الباقي مما أورده الخصوم. وبعدها يقوم بإجراء التقرير القضائي، أي إثبات أن هذه الوقائع هي المتعلقة بالنزاع عن طريق الإثبات الذي قام به الخصوم، ثم تأتي

عملية التكييف للحكم عن طريق إعمال الحكم الفقهي أو النظامي عن طريق مطابقة المجموع الواقعي المتعلق بالوقائع فإذا وجد قاعدة أو حكماً ينطبق مع هذه الوقائع فإن الحكم القضائي ينطلق بشكل تلقائي فارضاً الحكم الواجب الإنزال على هذه الوقائع، وحين صدور الحكم نطق القاضي به يكون قد بنى حكمه على وقائع قدمها الخصوم، أو على أسباب استنباط القاضي من هذه الوقائع وبنى عليها منطوق حكمه.

وعلى هذا فأسباب الأحكام منها ما هو واقعي يساهم في بناء العملية القضائية وتأسيس الحكم، ومنها ما هو غير ذلك.

وهذه الأسباب تتضافر معاً لتصل إلى الأسباب الكلية للحكم بأكمله ولابد من انسجام المنطوق مع الأسباب انسجام المقدمات مع النتائج.

إن مسألة تسبيب الحكم القضائي التي يؤسس عليها القاضي حكمه من آكد مسائل العمل القضائي وأوجبها في كافة النظم والقوانين القضائية، وقد نص نظام المرافعات الشرعية السعودي في مادته (١٦٢) على أنه: "بعد قفل باب المرافعة والانتهاء إلى الحكم في القضية يجب تدوينه في ضبط المرافعة مسبوقاً بالأسباب التي بني عليها ..."، وفي مادة (١٦٣): "ينطق بالحكم في جلسة علنية بتلاوة منطوقه مع أسبابه ..."، وفي مادة (١٦٤): "بعد الحكم تصدر المحكمة إعلاماً حاوياً لخلاصة الدعوى والجواب والدفوع الصحيحة ... وأسباب الحكم ..."، وكذا الشأن في نظام الإجراءات الجزائية في مادة (١٨٢)، وفيها: "يجب أن يكون الحكم مشتملاً على اسم المحكمة التي أصدرته ... ثم أسباب الحكم ونصه والمستند الشرعي ..."، وكذا نظام المرافعات أمام ديوان المظالم في مادة (٣١) وفيه: "يجب أن يشمل إعلام الحكم على الأسباب التي بني عليها وبيان مستنده ...".

والقــول بأن الحكم لابد أن يكون مسبباً ليس معناه أي وجود للأسباب مهما كانت، وإنما يراد منــه على وجه التحديد أن يكون التسبيب كافيــاً وواقعياً ونتيجة ضرورية لما تقــدم من الأسباب، فعند قولنا: لابد أن يكون كافياً: أي تقيم المحكمة قضاؤها على ما يكفــي لحمله، وواقعياً: بحيث يساهم في بناء اكتمــال الحكم القضائي وتأسيس الحكم عليه؛ لينسجم المنطوق مع الأسباب انسجام المقدمات مع النتائج.

فلابد أن تكون الأسباب مقدمة منطقيــة للحكم الصحيح، وواقعية، كما أنه لابد أن يكون الحكم نتيجة ضرورية لما تقدم من الأسباب.

وصفــوة القول هاهنا أن التسبيب الذي يجريه القاضي يجب أن يتضمن تفسيراً فيه بيان أسباب اتخاذ قــراره، وأن يكون على قدر كبير من الإتقان وحسن الاختيار الذي انتهى إليه من بين الخيارات المختلفة [٤١].

ويظهر من خلال التسبيب القضائي مدى الدور الكبير الذي يمارسه القاضي والجهد الذي يبذله لبناء الحكم الصحيح على تلك الأسباب.

ولا أريــد الخوضــ والإطالة في التسبيب فــذاك موضوع كبير مرتبــط بضمانة من ضمانات العدالة، وهو وجوب كون الحكم مسبباً مبنياً على أسباب صالحة للفصل في الدعوى، ولكن يهمني هنا مع هذه التوطئة بيان مدلوله اللغوي والاصطلاحي مع ذكر أهميته وعلاقته بالبحث.

(٤١) ينظر: تسبيب الأحكام وأعمال القضاة ص١٩.

المبحث الثالث عشر

التعريف بالتسبيب في اللغة والاصطلاح

لفظ التسبيب المرتبط ببناء الحكم القضائي عليه لفظ حادث، مراد منه ذكر الأسباب المقنعة التي أدت للحكم؛ ولأجل ذلك سأقوم أولاً بتعريف السبب، لعلاقته بلفظ التسبيب، ثم أذكر بعده المعنى الاصطلاحي لهذا اللفظ.

تعريف السبب في اللغة [٤٢]:

السبب مفرد، وجمعه أسباب. ويطلق السبب في اللغة ويراد به معان متعددة، من أهمها:

- الطريق: ومنه قوله تعالى: ﴿فَأَتْبَعَ سَبَبًا ﴿٨٥﴾﴾ الكهف: ٨٥ أي سلك طريقاً.

- الحبل: ومنه قوله تعالى: ﴿فَلْيَمْدُدْ بِسَبَبٍ إِلَى السَّمَاءِ﴾ الحج: ١٥، والسبب هو الحبل؛ لأنه يتوصل به إلى السماء.

والعرب تسمي الحبل سبباً إذا كان مشدوداً في شيء يجذبه.

قال بعض أهل العلم في معنى الآية: "من كان يظن أن الله لن ينصر محمداً بالغلبة فليشدد في سماء بيته حبلاً ثم يختنق به" [٤٣].

- الباب: ومنه قوله تعالى: ﴿لَعَلِّي أَبْلُغُ الْأَسْبَابَ ﴿٣٦﴾ أَسْبَابَ السَّمَاوَاتِ فَأَطَّلِعَ إِلَى إِلَٰهِ مُوسَىٰ﴾ غافر: ٣٦ - ٣٧، وأسباب السموات أبوابها.

- المودة: ومنه قوله تعالى: ﴿وَتَقَطَّعَتْ بِهِمُ الْأَسْبَابُ ﴿١٦٦﴾﴾ البقرة: ١٦٦. أي المودة التي يتواصلون بها في الدنيا بعضهم ببعض.

---

(٤٢) ينظر: تهذيب اللغة ١٢/ ٢٢٠، تاج العروس ٣/ ٣٨، القاموس المحيط ١/ ٩٦، لسان العرب ١/ ٤٥٨، مادة "سبب".

(٤٣) غافر: ٣٦، ٣٧.

- السُّلَّــم: يراد به السبــب إلى الشيء، سمي بهذا لأنه يــؤدي إلى غيره كما يؤدي السلم الذي يرتقى عليه.

وكل شيء يتوصل به إلى شيء فهو سبب.

وسبَّب للشيء أي جعل له سبباً (٤٤).

ويظهر جلياً من المعاني المتقدمة تزاحمها على معنى واحد، هو أن السبب: ما يتوصل به إلى غيره، فالأسباب أو عملية التسبيب هي التي تسبق الحكم ويتوصل بها إليه.

تعريف التسبيب في الاصطلاح:

أمــا تعريف التسبيــب في الاصطلاح القضائي فقد عُرّفَ بعــدة تعريفات متفقة في معناها وإن اختلفت في مبناها، ومن هذه التعريفات:

١- بيان الأدلة الواقعية والقانونية التي بنى عليها القاضي حكمه (٤٥).

٢- ذِكْــر القاضي مــا بنى عليه حكمه القضائي من الأحــكام الكلية وأدلتها الشرعية وذكر الوقائع القضائية المؤثرة وكيفية ثبوتها بطرق الحكم المعتبرة (٤٦).

٣- احتواء الحكم على الأسباب الواقعية والقانونية التي أدت إلى صدوره (٤٧).

المبحث الرابع عشر
أهمية التسبيب

تظهر أهمية التسبيب من خلال النقاط الآتية:

١- في التسبيب ضمانة لعدم القضاء بالهوى أو الميل الشخصي من قبل القاضي.

(٤٤) شمس العلوم ٥/٢٩٣٠.

(٤٥) الوسيط في شرح قانون المرافعات ص٧٨٠.

(٤٦) تسبيب الأحكام القضائية ص١٥.

(٤٧) تسبيب الأحكام وأعمال القضاة ص١٥.

٢- أن التسبيب يؤدي إلى احترام حق الدفاع الذي يحتفظ به المحكوم عليه.

٣- التسبيب يؤدي إلى إقناع الرأي العام بعدالة القضاء، وهو ما يكسب الأحكام ثقة المتقاضي ويدفع عنها مظنة الريبة والشك.

٤- أن التسبيب وسيلة لحماية القاضي مما قد يقع عليه من ضغوط.

٥- أن التسبيب باعتباره واجباً قضائياً يدفع القاضي إلى الحرص والفطنة عند اتخاذ القرار، وفي ذات الوقت يكسبه قوة.

٦- أن التسبيب ضروري لاستعمال الحق في الطعن بالحكم، فعن طريقه يستطيع المحكوم عليه الطعن فيه، ومعرفة ما شابه من عيب، ويسهل على المحكمة ذات الدرجة الأعلى مراقبة الحكم المطعون فيه.

٧- أن التسبيب هو الوسيلة التي تستطيع بها محكمة الاستئناف مراقبة المحاكم الأدنى.

٨- أن التسبيب يؤدي إلى إثراء الفكر النظامي وتقدمه.

٩- التسبيب ضمانة ضد التعسف الذي قد يصدر من القضاء.

١٠- التسبيب ضمانة للخصوم بحيث يعرفون كيف فُصل في قضيتهم؟ وعلى أي أساس؟

١١- التسبيب يساهم في بناء الطعون على الأحكام.

المبحث الخامس عشر
الشاهد القولي وشواهد الأفعال والأحوال وتطبيقاتها (٤٨)

الأصل في الشهادة أنها إخبار وإعلام. والإخبار والإعلام نوعان: إخبار بالقول، وإخبار الفعل. وهذا شأن من يعلِّم غيره تارة يعلمه بالقول، وأخرى بالفعل، وقد تناول العلماء مسائل كثيرة عُدَّ فيها التصرف الفعلي قائماً مقام الإذن القولي، فقالوا على سبيل المثال: إن من جعل داراً مسجداً وفتح بابها لكل من دخل إليها وأذن بالصلاة فيها يُعدُّ معلماً أنها وقف ولو لم يتلفظ بذلك، وكذا من بنى مقبرة وفتح بابها لكل من يريد مواراة ميت، وأذن لهم فيها بالدفن يكون موقفاً لها وإن لم يتلفظ بذلك (٤٩)، ونظائر ذلك من مسائل الفقه لا تعد، بل قد يكون البيان والإخبار بالفعل أظهر وأبلغ، وقد يسمى شاهد الحال، أو كما يسميه المالكية في بعض الصور: الشاهد العرفي وقد يكون شاهد الحال قائماً مقام الشاهد القولي، إذ يقوم مقامه ويؤدي مؤداه كما قيل:

وقالت له العينان سمعاً بالدر لما يثقَّب (٥٠)

وقال الآخر:

شكا إلي جملي طول السرى صبراً جميلاً فكلانا مبتلى (٥١)

وقال الآخر:

امتلأ الحوض وقال قطني ملأ رويداً قد ملأت بطني (٥٢)

(٤٨) ينظر: روضة الناظر ١/٢٩٤، مدارج السالكين ٣/٤٢١، الطرق الحكمية ص١٩-٢٤.
(٤٩) ينظر: تبصرة الحكام ٢/١٣٠.
(٥٠) ينظر: الخصائص ١/٢٥، المعجم الوسيط ٢/٧٦٧.
(٥١) ينظر: تهذيب اللغة ١٠/١٦٥، تاج العروس ٣٨/٣٩٣.
(٥٢) ينظر: تهذيب اللغة ٨/٢١٦، فقه اللغة ص٢٥٤.

وفي التنزيل الحكيم: ﴿ أَمْ حَسِبْتُمْ أَن تُتْرَكُوا۟ وَلَمَّا يَعْلَمِ ٱللَّهُ ٱلَّذِينَ جَٰهَدُوا۟ مِنكُمْ وَلَمْ يَتَّخِذُوا۟ مِن دُونِ ٱللَّهِ وَلَا رَسُولِهِۦ وَلَا ٱلْمُؤْمِنِينَ وَلِيجَةً ۚ وَٱللَّهُ خَبِيرٌۢ بِمَا تَعْمَلُونَ ﴿١٦﴾ ﴾التوبة: ١٦.

يقول ابن القيم رحمه الله في مدارج السالكين: "فهذه شهادة منهم على أنفسهم بما يفعلون من أعمال الكفر وأقواله فهي شهادة بكفرهم وهم شاهدون على أنفسهم بما شهدت به"[٥٣].

ويقول ابن قدامة رحمه الله: "القرائن قد تورث العلم وإن لم يكن فيه إخبار"[٥٤].

ويقول: "لا شك أننا نعرف أموراً ليست محسوسة؛ إذ تعرف من غيرنا حبه لإنسان وبغضه إياه وخوفه منه، وخجله، هذه أحوال في النفس لا يتعلق بها الحس قد يدل عليها دلالات، آحادها ليست قطعية بل يتطرق إليها الاحتمال، لكن تميل النفس بها إلى اعتقاد ضعيف ثم الثاني والثالث يؤكده، ولو أفردت آحادها لتطرق إليها الاحتمال إلى أن يحصل القطع بالاجتماع، فإنا نعرف محبة الشخص لصاحبه بفعل المحبين من خدمته وبذل ماله وحضور مجالسه لمشاهدته وملازمته في تردداته وأمور من هذا الجنس، وكل واحد منها إذا انفرد يحتمل أن يكون لغرض يضمره لا لمحبته لكن تنتهي كثرة هذه الدلالات إلى حد يجعل العلم القطعي بحبه"[٥٥].

وقد بين ابن القيم رحمه الله في الطرق الحكمية أن الله سبحانه نصب على الحق الموجود والمشروع علامات وأمارات تدل عليه وتبينه وتنقلنا هذه العلامات من جانب الشك إلى جانب القطع وتسوغ الشهادة على ذلك، وكما هو الشأن في الآيات التي نصبها الله دالة عليه وناطقة بتوحيده، وأن النبي الكريم صلوات الله وسلامه عليه اعتبر

(٥٣) ٣/٤٢٢.

(٥٤) ينظر: روضة الناظر ١/٢٩٤.

(٥٥) ينظر: روضة الناظر ١/٢٩٤.

العلامات ونزلها منزلة البينة التي تشهد على صحة الوقائع فقال رحمه الله: "وقد نصب الله سبحانه على الحق الموجود والمشروع علامات وأمارات تدل عليه وتبينه، قال تعالى: ﴿وَأَلْقَىٰ فِي ٱلْأَرْضِ رَوَٰسِيَ أَن تَمِيدَ بِكُمْ وَأَنْهَٰرًا وَسُبُلًا لَّعَلَّكُمْ تَهْتَدُونَ ۝١٥ وَعَلَٰمَٰتٍ ۚ وَبِٱلنَّجْمِ هُمْ يَهْتَدُونَ ۝١٦﴾ [النحل: ١٥ - ١٦]، ونصب على القِبلة علامات وأدلة، ونصب على الإيمان والنفاق علامات وأدلة، قال النبي صلى الله عليه وسلم: «إذا رأيتم الرجل يعتاد المساجد فاشهدوا له بالإيمان» [(٥٦)]، فجعل اعتياد شهود المسجد من علامات الإيمان، وجوز لنا أن نشهد بإيمان صاحبها مستندين إلى تلك العلامة، والشهادة إنما تكون على القطع . فدل على أن الأمارة تفيد القطع وتسوغ الشهادة، وقال صلى الله عليه وسلم: «آية المنافق ثلاث – وفي لفظ: علامة المنافق ثلاث – إذا حدث كذب، وإذا وعد أخلف، وإذا ائتمن خان» [(٥٧)]، وفي السنن: «ثلاث من علامات الإيمان: الكف عمن قال: لا إله إلا الله، والجهاد ماضٍ منذ بعثني الله إلى أن يقاتل آخر أمتي الدجال، لا يبطله جور جائر، ولا عدل عادل، والإيمان بالأقدار» [(٥٨)]. .

وقد نصب الله تعالى الآيات دالة عليه وعلى وحدانيته وأسمائه وصفاته، فكذلك هي دالة على عدله وأحكامه، والآية مستلزمة لمدلولها لا تنفك عنها، فحيث وجد الملزوم وجد لازمه، فإذا وجدت آية الحق ثبت الحق، ولم يتخلف ثبوته عن آيته وأمارته، والحكم بغيره يكون حكماً بالباطل.

---

(٥٦) أخرجه أحمد في المسند ١٨/ ١٩٤ رقم (١١٦٥١) من حديث أبي سعيد الخدري، والترمذي في سننه، أبواب تفسير القرآن، باب ومن سورة التوبة، ٥/ ٢٧٧، رقم (٣٠٩٣)، وابن ماجه، كتاب المساجد والجماعات، باب لزوم المساجد وانتظار الصلاة، ١/ ٢٦٣، رقم (٨٠٢)، وضعفه الألباني كما في ضعيف سنن الترمذي ١/ ٣٨١.

(٥٧) أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب الإيمان، باب علامة المنافق ١/ ١٦، رقم (٣٣).

(٥٨) أخرجه أبو داود في سننه، كتاب الجهاد، باب في الغزو مع أئمة الجور ٢/ ١٨، رقم (٢٥٤٢)، والبيهقي في السنن الكبرى، جماع أبواب السير، باب الغزو مع أئمة الجور، ٩/ ٢٦٢، وفي سنده مجهول كما في نصب الراية ٣/ ٣٧٧، وفي روايات الحديث: «ثلاث من أصل الإيمان».

وقد اعتبر النبي صلى الله عليه وسلم وأصحابه من بعده العلامات في الأحكام، وجعلوها مبينة لها، كما اعتبر العلامات في اللقطة، وجعل صفة الواصف لها آية وعلامة على صدقه، وأنها له، وقال لجابر: «خذ من وكيلي وسقا، فإن التمس منك آية، فضع يدك على ترقوته»[٥٩]، فنزَّل هذه العلامة منزلة البينة التي تشهد أنه أذن له أن يدفع له ذلك، كما نزَّل الصفة للقطة منزلة البينة، بل هذا نفسه بينة، إذ البينة ما يبين الحق من قول وفعل ووصف[٦٠].

ومن الأمثلة الفقهية الواردة في هذا المقام التي قامت فيها شواهد الأحوال والأفعال مقام الشاهد القولي أو بعبارة أخرى: ما يقوم به السبب مقام الشاهد:

- جواز وطء المرأة التي تزف إلى الزوج ليلة العرس وإن لم يكن رآها ولا وصفت له، من غير اشتراط شاهدي عدل يشهدان أنها امرأته التي وقع عليها العقد اكتفاء بالظن الغالب بالقطع المستفاد من شاهد الحال[٦١].

- جواز الأكل من الهدي المنحور إذا كان بالفلاة ولا أحد عنده اكتفاء بشاهد الحال[٦٢].

- جواز أكل الفقير مما يدفعه إليه الصبي ويخرجه من البيت من كسرة ونحوها اعتماداً على شاهد الحال[٦٣].

- جواز بيع المحقرات بالمعاطاة من غير إيجاب وقبول اكتفاء بشاهد الحال، وهو

(٥٩) أخرجه أبو داود في سننه، كتاب الأقضية، باب في الوكالة، ٣/٣١٤، رقم (٣٦٣٢) وسكت عنه، والبيهقي في السنن الكبرى، كتاب الوكالة، باب التوكيل في المال ٦/١٣٢، وحسن إسناده الحافظ ابن حجر كما في التلخيص الحبير ١٢٣/٣.

(٦٠) ينظر: الطرق الحكمية ص٢٤.

(٦١) ينظر: إغاثة اللهفان ٦٢/٢.

(٦٢) ينظر: المرجع السابق.

(٦٣) ينظر: المرجع السابق.

عمل الأمة قديماً وحديثاً [٦٤].

- اكتفـاء الشارع بسكوت البكـر في الاستئذان وجعله دليلاً علـى رضاها اكتفاء بشاهد الحال [٦٥].

- الاكتفـاء بقول الخارص الواحد والمقوِّم فيما دق وجل اعتماداً على الظن المستفاد من خرصهم وتقويمهم [٦٦].

- إجماع الأمة على قبول قول المرأة الواحدة في إهداء الزوجة لزوجها ليلة العرس واستباحة وطئها بذلك، وإن لم يشهد الشهود على تعيينها، فقد اجتمع في هذه الصورة من قرائن الأحوال من اجتماع الأهـل والقرابات وندرة التدليس والغلط في ذلك مع شهرته وعدم المسامحة فيه ودعوى ضـرورات الناس إلى ذلك ما أوجب قبول قولها، فنزلت هذه القرائن القوية منزلة الشهادة [٦٧].

- قول أهـل العلم عن الركاز إن كانت عليه علامة المسلمـين فهو لقطة، وإن كانت عليه علامة الكفار فهو ركاز اعتماداً على شاهد الحال [٦٨].

- إذا اختلف الواهـب والموهوب له في مقتضى الهبة فإنه ينظر إلى شواهد الحال، فـإن كانت بين غنـي وفقير فالقول قول الفقير مـع يمينه، فإن لم يكـن ثمة شاهد حال فالقول قول الواهب مع يمينه [٦٩].

- جعل النبي صلى الله عليه وسلم معرفة العفاص والوكاء قائماً مقام البينة وشاهد

---

(٦٤) ينظر: المرجع السابق.
(٦٥) ينظر: المرجع السابق.
(٦٦) ينظر: المرجع السابق.
(٦٧) ينظر: مراتب الإجماع ص٦٥، الطرق الحكمية ص١٩، بدائع الفوائد ١/ ٧، ٤/ ١٤.
(٦٨) ينظر: الطرق الحكمية ص٢٢.
(٦٩) ينظر: القوانين الفقهية ص٢٤٢.

حال على صدق الواصف لها وصفاً صحيحاً (٧٠).

يقول ابن القيم رحمه الله بعد أن أورد عشرات التطبيقات الفقهية للاعتداد بشواهد الحال والقرائن: "وأضعاف أضعاف هذه المسائل مما جرى العمل به على العرف والعادة ونزل ذلك منزلة النطق الصريح اكتفاء بشاهد الحال عن صريح المقال" (٧١).

فلتراجع لمن طلب الاستزادة (٧٢).

المبحث السادس عشر

إقامة السبب المقوي للدعوى مقام الشاهد (تأصيل وتطبيق)

الأدلة الشرعية الدالة على اعتبار الأسباب المقوية وجعلها تقوم مقام الشاهد كثيرة متوافرة واقتصر على جملة منها:

أولاً: في قصة يوسف عليه الصلاة والسلام مع امرأة العزيز وما اشتملت عليه من الحكم بالقرائن الظاهرة والتي قامت مقام الشاهد له عليه الصلاة والسلام على براءته مما رمي به وصدقه وكذب المرأة وقول الشاهد من أهلها: ﴿ قَالَ هِىَ رَٰوَدَتْنِى عَن نَّفْسِى ۚ وَشَهِدَ شَاهِدٌ مِّنْ أَهْلِهَآ إِن كَانَ قَمِيصُهُۥ قُدَّ مِن قُبُلٍ فَصَدَقَتْ وَهُوَ مِنَ ٱلْكَٰذِبِينَ ﴿٢٦﴾ وَإِن كَانَ قَمِيصُهُۥ قُدَّ مِن دُبُرٍ فَكَذَبَتْ وَهُوَ مِنَ ٱلصَّٰدِقِينَ ﴿٢٧﴾ فَلَمَّا رَءَا قَمِيصَهُۥ قُدَّ مِن دُبُرٍ قَالَ إِنَّهُۥ مِن كَيْدِكُنَّ ۖ إِنَّ كَيْدَكُنَّ عَظِيمٌ ﴿٢٨﴾ ﴾ يوسف: ٢٦ - ٢٨، وقد سمى الله سبحانه ذلك آية وهي أبلغ من البينة حيث قال: ﴿ ثُمَّ بَدَا لَهُم مِّنۢ بَعْدِ مَا رَأَوُا۟ ٱلْـَٔايَٰتِ لَيَسْجُنُنَّهُۥ حَتَّىٰ حِينٍ ﴿٣٥﴾ ﴾ يوسف: ٣٥، فقرينة قد القميص من دبر دليل صدقه وكذب المرأة، وأنه كان مولياً هارباً فأدركته فجذبته فقدت قميصه

(٧٠) ينظر: تبصرة الحكام ١/٢٤٢.

(٧١) ينظر: الطرق الحكمية ص٢٤.

(٧٢) ينظر: الطرق الحكمية ص١٩-٢٤، إغاثة اللهفان ٢/٦٢، بدائع الفوائد ٤/١٤.

من دبر، فعلم بعلها والآخرون صدقه، وقبلوا هذا الحكم وجعلوا الذنب عليها وأمروها بالتوبة (٧٣).

وهذا يسميه ابن القيم رحمه الله: لوث في الدعوى في العرض ونحوه (٧٤).

ثانيـاً: حكم سليمان عليه الصلاة والسلام بين المرأتيـن اللتين تنازعتا الولد فلما قال عليه والصـلاة والسلام: "ائتوني بالسكين أشقه بينكما" (٧٥) طابت نفس الكبرى منهما وقنعـت به استرواحاً منها إلى راحة التسلي والتأسـي بذهاب ابن الصغرى كما ذهب ابنها، ولم تطب نفس الصغرى بذلك بل أدركتها شفقة الأم ورحمتها فناشدته ألاَّ يفعل ذلك، وقالت: "هو ابنها" استرواحاً إلى بقاء ولدها ومشاهدته حياً وإن اتصل بالأخرى. فترجـح جانب الصغرى بالشفقة على الولد وإيثارهـا لحياته ورضى الأخرى بقتله ولم يلتفـت لإقرار الصغرى له لها، فقامت تلك القرائن مقـام الشاهد والبينة على صدقها ولم يكن لإقرارها أي قيمة تذكر (٧٦).

ثالثـاً: قضاء النبي صلى الله عليه وسلم بالقسامـة حيث أجرى حكم اللوث فيها – العداوة – مـع أن العمل بالقسامة ليس فيه إلا اعتماد على ظاهر العلامات المغلبة على الظـن صدق المدعي، فيجوز لـه أن يحلف بناء على ذلك، فلمـا قوي جانب المدعين باللـوث حُكم لهم مع أيمانهم القائمة مقـام الشهادة (٧٧). وفي هذا يقول المازري رحمه الله: "إن القرائن تقوم مقام الشاهد" (٧٨).

(٧٣) ينظر: الطرق الحكمية ص٦، زاد المعاد ٣/١٣٤، إغاثة اللهفان ٢/٦٦.
(٧٤) ينظر: الطرق الحكمية ص٦.
(٧٥) أخرجه مسلم، كتاب الأقضية، باب بيان اختلاف المجتهدين ٣/١٣٤٤، رقم (١٧٢٠).
(٧٦) ينظر: الطرق الحكمية ص٥، إعلام الموقعين ١/٨٠، إغاثة اللهفان ٢/٦٦.
(٧٧) ينظر: الطرق الحكمية ص١١، ١٩١، تبصرة الحكام ٢/١٢٠.
(٧٨) ينظر: تبصرة الحكام ٢/١٢٠.

رابعاً: حكم النبي صلى الله عليه وسلم في اللقطة، ففي حديث أبي بن كعب رحمه الله: «فإن جاء أحد يخبرك بعددها ووعائها ووكائها فأعطه إياها»[٧٩]. وفي حديث زيد بن خالد رحمه الله: «فإن جاء صاحبها فعرف عفاصها وعددها ووكاءها فأعطها إياه»[٨٠].

والأوصاف المذكورة في الحديثين بينة ظاهرة، فجعل النبي صلى الله عليه وسلم عرفة العفاص والوكاء والعدد قائماً مقام البينة، بل ربما كان وصف الواصف أظهر وأصدق من البينة[٨١].

خامساً: ما رواه أبو داود والبيهقي وغيرهما من حديث جابر بن عبدالله –رضي الله عنهما– قال: أردت الخروج إلى خيبر فأتيت رسول الله صلى الله عليه وسلم فسلمت عليه، وقلت له: إني أريد الخروج إلى خيبر، فقال: «إذا أتيت وكيلي فخذ منه خمسة عشر وسقاً، فإن ابتغى منك آية فضع يدك على ترقوته»[٨٢].

ففي هذا الحديث اعتماد في الدفع إلى الطالب على مجرد العلامة وإقامة لها مقام الشاهد، فنزل النبي صلى الله عليه وسلم هذه العلامة منزلة البينة التي تشهد أنه أذن له أن يدفع إليه ذلك.

سادساً: قضاء عمر بن الخطاب رضي الله عنه والصحابة معه متوافرون برجم المرأة إذا ظهر بها حمل ولا زوج لها[٨٣]، اعتباراً بقرينة شاهد الحال فحدّوا به المرأة وإن لم تقر ولم يشهد عليها أربعة، وجعلوا رائحة الخمر وقيئه لها علامة على شربها بمنزلة الإقرار

(٧٩) أخرجه مسلم في كتاب اللقطة ٣/١٣٥٠، رقم (١٧٢٣).
(٨٠) أخرجه مسلم في كتاب اللقطة ٣/١٣٤٩، رقم (١٧٢٢).
(٨١) ينظر: الطرق الحكمية ص١٠، ٢١٥، إعلام الموقعين ١/٧٦، تبصرة الحكام ١/٢٤٢.
(٨٢) سبق تخريجه.
(٨٣) أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب الحدود، باب الاعتراف بالزنا، ٨/١٦٨، رقم (٦٨٢٩).

والشاهدين [٨٤].

سابعاً: أن النبي صلى الله عليه وسلم أمر الزبير بعقوبة عم حيي بن أخطب لما سأله عن مسك حيي بن أخطب الذي جاء به من بني النضير فقال: أذهبته النفقات والحروب، فقال النبي صلى الله عليه وسلم: «العهد قريب والمال أكثر من ذلك»، فمسه الزبير بعذاب [٨٥].

فقول النبي صلى الله عليه وسلم: «العهد قريب والمال أكثر من ذلك» هو اعتماد على شاهد الحال وقيامه مقام البينة، فكثرة المال وقصر المدة آية وعلامة على كذب المدعي ذهابه في النفقات والحروب وهما قرينتان في غاية القوة شاهدتان على كذبه وعدم صدقه [٨٦].

وعن قيمة الأمارات الظاهرة وقوتها يقول ابن القيم في الطرق الحكمية: "فإن قيل فما تقولون في الدابة يوجد على فخذها صدقة أو وقف أو حبس. هل للحاكم أن يحكم بذلك؟

قيل: نعم، له أن يحكم به. وصرح به أصحاب مالك، فإن هذه أمارة ظاهرة، ولعلها أقوى من شهادة الشاهد، وقد ثبت في الصحيحين من حديث أنس بن مالك رضي الله عنه قال: غدوت على رسول الله صلى الله عليه وسلم بعبدالله بن أبي طلحة ليحنكه فوافيته في يده الميسم يسم إبل الصدقة [٨٧]. وللإمام أحمد عنه قال: دخلت على النبي

(٨٤) ينظر: الطرق الحكمية ص٨٧، تبصرة الحكام ٢/ ١٢٠.

(٨٥) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى، كتاب السير، باب من رأى قسمة الأراضي المغنومة ومن لم يرها ٩/ ٢٣١، وقال ابن حجر في الفتح ٧/ ٤٧٩: أخرجه البيهقي بإسناد رجاله ثقات.

(٨٦) ينظر: الطرق الحكمية ص٨، تبصرة الحكام ٢/ ١٢٠.

(٨٧) أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب الزكاة، باب وسم الإمام إبل الصدقة بيده ٢/ ١٣٠، رقم (١٥٠٢).

صلى الله عليه وسلم وهو يسم غنماً في آذانها [٨٨]. وروى مالك في الموطأ عن زيد بن أسلم عن أبيه أنه قال لعمر بن الخطاب رضي الله عنه: إن في الظهر ناقة عمياء، فقال عمر: ادفعها إلى أهل بيت ينتفعون بها. قال فقلت: هي عمياء، فقال عمر: يقطرونها بالإبل، قال فقلت: كيف تأكل من الأرض؟ قال فقال عمر: أمن نعم الجزية هي أم من نعم الصدقة؟ فقلت: من نعم الجزية، فقال عمر: أردتم والله أكلها، فقلت: إن عليها وسم الجزية [٨٩]، ولولا أن الوسم يميز الصدقة من غيرها ويشهد لما هو وسم عليه لم تكن فيه فائدة بل لا فائدة للوسم إلا ذلك، ومن لم يعتبر الوسم فلا فائدة فيه عنده.

فإن قيل: فما تقولون في الدار يوجد على بابها، أو حائطها الحجر مكتوباً: إنها وقف، أو: مسجد هل يحكم بذلك؟

قيل: نعم، يقضى به ويصير وقفاً. صرح به بعض أصحابنا وممن ذكره الحارثي في شرحه.

فإن قيل: أليس يجوز أن ينقل الحجر إلى ذلك الموضع ؟

قيل: جواز ذلك كجواز كذب الشاهدين؛ بل هذا أقرب؛ لأن الحجر يشاهد جزءاً من الحائط داخلاً فيه ليس عليه شيء من أمارات النقل، بل يقطع غالباً بأنه بني مع الدار، ولا سيما إذا كان حجراً عظيماً وضع عليه الحائط بحيث يتعذر وضعه بعد البناء، فهذا أقوى من شهادة رجلين أو رجل وامرأتين.

فإن قيل: فما تقولون في كتب العلم يوجد على ظهرها وهوامشها كتابة الوقف، هل للحاكم أن يحكم بكونها وقفاً بذلك؟

---

(٨٨) أخرجه الإمام أحمد في المسند ٢٠/١٥٩، رقم (١٢٧٥٠)، وأصله في صحيح مسلم، باب جواز وسم الحيوان ٣/١٦٧٤ رقم (٢١١٩).

(٨٩) أخرجه مالك في الموطأ، كتاب الزكاة، باب جزية أهل الكتاب والمجوس ١/٢٧٩.

قيل: هذا يختلف باختلاف قرائن الأحوال، فإذا رأينا كتباً مودعة في خزانة وعليها كتابة الوقف، وهي كذلك مدة متطاولة، وقد اشتهرت بذلك لم نسترب في كونها وقفاً، وحكمها حكم المدرسة التي عهدت لذلك وانقطعت كتب وقفها أو فقدت ولكن يعلم الناس على تطاول المدة كونها وقفاً، فتكفي في ذلك الاستفاضة، فإن الوقف يثبت بالاستفاضة، وكذلك مصرفه، وأما إذا رأينا كتاباً لا نعلم مقره ولا عرف من كتب عليه الوقف، فهذا يوجب التوقف في أمره حتى يتبين حاله، والمعول في ذلك على القرائن، فإن قويت حكم بموجبها، وإن ضعفت لم يلتفت إليها، وإن توسطت طلب الاستظهار وسلك طريق الاحتياط وبالله التوفيق (٩٠).

التطبيقات المتعلقة بإقامة السبب المقوي للدعوى مقام الشاهد

التطبيقات المتعلقة بإقامة السبب المقوي للدعوى مقام الشاهد كثيرة وأذكر هاهنا جملة منها، فمن تطبيقاتها:

- أنه صلى الله عليه وسلم أجرى حكم اللوث في القسامة، وجوز للمدعين أن يحلفوا خمسين يميناً ويستحقوا دم القتيل كما في حديث حويصة ومحيصة (٩١).

واللوث دليل القتل – أي العداوة – ولذا قال المازري رحمه الله: إن القرائن تقوم مقام الشاهد، وقال ابن القيم: فإن العمل بالقسامة ليس فيه إلا اعتماد على ظاهر العلامات المغلبة على الظن صدق المدعي فيجوز له أن يحلف بناء على ذلك ويجوز للحاكم بل يجب عليه أن يثبت له حق القصاص أو الدية مع علمه أنه لم ير ولم يشهد

(٩٠) ص ٢١١، ٢١٢.
(٩١) أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب الأحكام، باب كتاب الحاكم إلى عماله والقاضي إلى أمنائه، ٩/٧٥، رقم (٧١٩٢).

فإذا كان هذا في الدماء المبني أمرها على الحظر والاحتياط فكيف بغيرها [٩٢].

فلما قوي جانبهم باللوث حُكم لهم بأيمانهم القائمة مقام الشهادة.

قال في منح الجليل: "وأما أولياء المقتول فاللوث قام مقام شاهد لهم، والقاعدة حلف المدعي مع شاهده لتكميل النصاب، وغلظت عليهم اليمين لعظم الدم"[٩٣].

- ما ورد في الصحيح في قضية الأسرى من بني قريظة لما حكم فيهم سعد أن تقتل المقاتلة وتسبى الذرية[٩٤]، فكان بعضهم يدعي عدم البلوغ فكان الصحابة يكشفون عن مؤتزرهم فيعلمون بذلك البالغ من غيره، وهذا من الحكم بالأمارات واعتبار شاهد الحال[٩٥].

- تمكين المدعي إذا أقام شاهداً واحداً فيحلف مع شاهده ويستحق وقد جعل النبي صلى الله عليه وسلم اليمين في جانب المدعي إذا أقام شاهداً واحداً، فلما قوي جانب المدعي بوجود شاهد واحد يشهد له على استحقاقه مكّنه الشرع من اليمين بغير بذل خصمه ورضاه وحكم له مع شاهده، فإن المدعى عليه في الأصل قوي جانبه بأصل البراءة، فإذا شهد الشاهد الواحد ضعف هذا الأصل ولم تتمكن قوته من الاستقلال فقوي جانب المدعي باليمين. فالحكم بالشاهد وحده واليمين تقوية وتوكيد [٩٦].

قال ابن فرحون في التبصرة: "فالنكول سبب قام مقام الشاهد، واليمين تقوم مقام الشاهد الآخر، فيستحق بذلك حقه كما يستحق بالشاهدين" [٩٧].

(٩٢) ينظر: الطرق الحكمية ص١١، ١٩١، تبصرة الحكام ٢/١٢٠.

(٩٣) ٤/٢٨٦.

(٩٤) أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب الجهاد والسير، باب إذا نزل العدو على حكم رجل ٤/٦٧ برقم (٣٠٤٣)، ومسلم كتاب الجهاد والسير، باب جواز قتال من نقض العهد ...، ٣/١٣٨٩ برقم (١٧٦٩).

(٩٥) ينظر: تبصرة الحكام ٢/١٢٠.

(٩٦) ينظر: الطرق الحكمية ص١٢٢، ١٣٨، إعلام الموقعين ٣/٣٠٦، تبصرة الحكام ١/٣٣١.

(٩٧) ١/٣٣١، وينظر: الطرق الحكمية ص١٩١.

- تحليف المدعي عند نكول خصمه، فـإن المدعى عليه إذا توجهت إليه اليمين فنكل قوي جانب المدعي فظننـا صدقه فشرعت اليمين في حقه، فنكول المدعى عليه ضعَّف أصل البراءة ولم يكن النكول مستقلاً بإثبات الدعوى، لجواز أن يكون لجهله بالحال أو لتورعه عن اليمين، أو للخوف من سوء عاقبة اليمين أو لموافقة قضاء وقدر فيظن الظان أنه بسبب اليمين، أو لترفعه عن ابتذاله باستحلاف خصمه له مع علمه بأنه لو حلف كان صادقـاً وإذا احتمل نكوله هذه الوجوه لم يكن مستقـلاً بل غايته أن يكون مقوياً لجنبة المدعي فترد اليمين عليه.

ولهـذا قال جمع من أهل العلم من المالكية والحنابلة: إن نكول المدعى عليه كالشاهد للمدعي، أو بعبارة أخرى: إن النكول يقوم مقام الشاهد والبينة فيحلف معه ويستحق، فنكـول المدعى عليه مع تمكنه من اليمين الصادقة التي يـبرأ بها المدعى عليه ويتخلص بهـا من خصمه دليـل ظاهر على صحة دعوى خصمه وبيان أنهـا حق فقام مقام شاهد القرائن، فيكون نكول المدعى عليه دليلاً أولاً، ويمين المدعي دليلاً آخراً [(٩٨)].

- إذا أقام المدعي على دعواه شاهداً واحداً ونكل الذي قام له الشاهد – المدعي – حلـف المدعى عليه حينئذ وبرئ؛ لأن يمينه تكافـئ شاهد المدعي فستقط الدعوى، فإن نـكل المدعي عليه بعد رد اليمين عليه غرم، لأن نكولـه سبب ثان يقوِّي دعوى المدعي فوجب الحق لاجتماع السببين كما يجب الحق باجتماع الشاهدين [(٩٩)].

- تحليـف المدعى عليـه إذا لم يأت المدعـي ببينة فيحلف المدعى عليـه ويبرأ فيمينه كشهادة آخر فصار معه دليلان يشهدان أحدهما: البراءة الأصلية، والثاني: اليمين [(١٠٠)].

(٩٨) ينظر: المقدمات الممهدات ٢/٢٩٣، شرح ميارة ١/٧٦، الطرق الحكمية ص١٢٥، إعلام الموقعين ١/٧٤، تبصرة الحكام ١/٣٣١.

(٩٩) ينظر: تبصرة الحكام ١/٣٣١.

(١٠٠) ينظر: إعلام الموقعين ١/٧٤.

- المنـع من سماع الدعوى التي لا تشبه الصدق وعــدم تحليف المدعى عليه؛ نظراً للأمارات والقرائن الظاهرة الدالة على كذب المدعي والقائمة مقام الشاهد، كأن يدعي الدنيء استئجار الأمير أو ذي الهيئة والقدر لعلف دوابه وكنس بيته ونحو ذلك (١٠١).

- تجويز بعض العلماء للرجــل أن يلاعن زوجته فيشهد عليها بالزنا توكيداً لشهادته باليمـين إذا رأى رجــلاً يعــرف بالفجور يدخل إليهـا ويخرج من عندهـا؛ نظراً لتلك الأمارات والقرائن الظاهرة القائمة مقام الشاهد (١٠٢).

- الحكـم باللوث في الأموال فهو أقوى منــه في الدماء، فإن طرق ثبوتها أوسع من طـرق ثبوت الدماء فهي تثبت بالشاهد واليمـين والرجل والمرأتين، والنكول مع الرد، وبدونه وغير ذلك من الطرق، وإذا حكمنا بالعمامة لمن هو مكشوف الرأس وأمامه رجل عليــه عمامة وبيده أخرى وهو هارب فإنما ذلك باللــوث الظاهر القائم مقام الشاهدين وأقوى منهما بكثير، فإن اللوث علامــة ظاهرة لصدق المدعي وقد اعتبرها الشارع في اللقطة وفي النسب وفي استحقاق السلب إذا ادعى اثنان قتل الكافر وكان أثر الدم في سيف أحدهما أدل منه في سيف الآخر (١٠٣).

- إذا ادعت المرأة طلاق زوجها فجاءت على ذلك بشاهد واحد عدل فإنه يستحلف الزوج، فإن حلف بطلت عنــه شهادة الشاهد، وإن نكل فنكوله بمنزلة شاهد آخر وجاز طلاقه (١٠٤).

فاستحــلاف الزوج في هذه الدعوى تم بناء علــى أن شهادة الشاهد الواحد أورثت ظناً بصــدق المرأة، فعورض هذا باستحلافه، وكان جانب الزوج أقوى بوجود النكاح

(١٠١) ينظر: الطرق الحكمية ص٢٢، ١١٣.
(١٠٢) ينظر: الطرق الحكمية ص٢٢.
(١٠٣) ينظر: الطرق الحكمية ص١٤٥.
(١٠٤) ينظر: الطرق الحكمية ص١٥٧-١٥٩.

الثابت الذي لا ينتقل عنه إلا بقين ،فشرعت اليمين في جانبه لأنه مدعى عليه والمرأة مدعية، وأما إذا نكل الزوج عن اليمين فإن نكوله هنا بمنزلة البينة فلما أقامت شاهداً واحداً – وهو شطر البينة – كان النكول قائماً مقام تمامها، فيطلق على الزوج الشاهد والنكول؛ لأن الشاهد والنكول سببان من جهتين مختلفتين فقوي جانب المدعية – الزوجة – بهما فحكم لها، بل جاء عن أحمد رحمه الله أنه يُحكم بالطلاق بنكول الزوج من غير شاهد (١٠٥).

– إذا تنازع رجلان حائطاً، فإنه ينظر في عقده ومن له عليه خشب أو سقف وما أشبه ذلك مما يرى بالعين، فيقضي به لصاحبه ولا يكلف الطالب البينة، فإن هذه الأمارة بمنزلة البينة(١٠٦).

– إذا تداعا رجلان صرة فيها نقود، فوصفها أحدهما بصفات خفية لم يذكرها الآخر وطابقت صفاته ما في الصرة ، دفعت حينئذ له، وهذا كما يقول ابن القيم رحمه الله: "قد يقوى بحيث يفيد القطع وقد يضعف وقد يتوسط" (١٠٧).

– اللقطة إذا تداعاها رجلان ووصفها أحدهما أوصافاً تدل على صدقه دفعت له بمجرد الوصف، فقام الوصف لها مقام الشاهدين بل وصفه بينة تبين صحة صدقه ودعواه ، وفي حديث أبي بن كعب رحمه الله: «فإن جاء أحد يخبرك بعددها ووعائها ووكائها فأعطه إياها»، وفي حديث زيد بن خالد الجهني رحمه الله: «فإن جاء صاحبها فعرف عفاصها وعددها ووكاءها فأعطها إياه» . والأمر للوجوب، والوصف بينة ظاهرة، فإنها من البينات، وهو الكشف والإيضاح، والمراد بها: وضوح حجة الدعوى وانكشافها،

(١٠٥) المرجع السابق.
(١٠٦) ينظر: الطرق الحكمية ص٢١٢.
(١٠٧) ينظر: الطرق الحكمية ص٢١٥.

وهو موجــود في الوصف، فجعل النبي صلى الله عليه وسلم معرفة العفاص والوكاء والعدد قائماً مقام البينة، بل ربما كان وصفه أظهر وأصدق من البينة (١٠٨).

وقال المالكية في أحد قوليهم: إن الشاهد العرفي يُقضى به مع اليمين وهو المشهور، والقول الآخر: إن الشاهد العرفي كشاهدين فيثبت به الحق من غير يمين (١٠٩).

- إذا تنـازع المستأجـر والمالك دفيناً في الدار وادعـاه كل واحد منهما، فمن أصاب الوصف فهو له، فقد قال الإمام أحمد: من وصفه فهو له (١١٠).

- اللقيـط إذا تداعاه اثنـان ووصفه أحدهما بعلامة خفية في جسمه حُكم له به (١١١).

فقامت هذه العلامة مقام البينة.

- عــدم قبول دعوى المــرأة ضد زوجها أنه لم يكن ينفق عليهــا (١١٢). مع بقاءها معه سنين كثـيرة أو مدة مقامها عنده، فإذا تبين للحاكم كــذب المرأة في دعواها لم يجز له سماعهــا فضلاً عن مطالبته برد الجواب، فإن العــرف والعادة والقرائن الظاهرة تكذب هــذه الدعوى، فالعلم الحاصل بإنفاق الــزوج وكسوته في الزمن الماضي اعتماداً على الأمارات الظاهرة أقوى من الظن الحاصل باستصحاب الأصل، فقامت تلك الأمارات مقام الشاهد على صدقه وكذبها(١١٣).

- إذا أغـار جماعــة من اللصوص علــى بيت رجل وأخذوا ما فيــه والناس ينظرون إليهــم، ولم يشهــدوا على معاينة ما أخذوه، ولكن عُلِم أنهــم أغاروا وانتهبوا فقد قال

---

(١٠٨) ينظر: المقدمات الممهدات ٢/٢٩٣، تبصرة الحكام ١/٢٤٢، الطرق الحكمية ص١٠، ٢١٥، إعلام الموقعين ١/٧٦.

(١٠٩) ينظر: المقدمات الممهدات ٢/٢٩٣، شرح ميارة ١/٧٦.

(١١٠) ينظر: الطرق الحكمية ص١٠، ٢١٥، ونقل ابن القيم في الطرق الحكمية ص٩٧: أن القول قوله مع يمينه.

(١١١) ينظر: الطرق الحكمية ص١٠، ٢١٤.

(١١٢) ينظر: الطرق الحكمية ص١٩، ٢١٥، إغاثة اللهفان ٢/٦٦.

(١١٣) ينظر: الطرق الحكمية ص١٩١.

بعض العلمـاء: إن القول قول المنهوب منه مع يمينه فيما يُشبه. وهذا من الاعتماد على اللوث في الأموال، وهو اختيار ابن تيمية رحمه الله ونصره ابن القيم [114].

- تقـديم جانب المدعى عليه حيث لا بينة ولا إقرار ولا نكول ولا شاهد حال استناداً إلى الظن المستفاد من البراءة الأصلية [115].

- الحكـم بالقافة وجعلها دليلاً من أدلة ثبوت النسب عنـد النزاع، وليس هاهنا إلا مجرد الأمارات والعلامات [116].

- إذا اطلع الرجل المسروق ماله على بعضه في يد خائن معروف بذلك ولم يتبين أنه اشـتراه من غيره جاز له أن يحلف أن بقية مالـه عنده وأنه صاحب السرقة استناداً إلى اللـوث الظاهر والقرائن التي تكشف الأمر وتوضحه، وهذا نظير حلف أولياء المقتول في القسامـة أن فلاناً هو القاتل، بـل أمر الأموال أسهل وأخـف، ولذلك ثبت بشاهد ويمين وشاهد وامرأتين ودعوى ونكول، بخلاف الدماء فتبين أنه أولى وأحرى [117].

وقال بعض المالكية: من عُرف بالسرقة وشُهر بذلك وشهد عليه واحد حلف صاحب المتـاع - المسروق منه - واستحق، وقيل: لا يمين عليه. وبنوا العمل بذلك على مراعاة المصالح والضرورات ومراعاة العرف ورأوا أن الشهرة بالفساد تنزل منزلة التحقق [118].

وفي صـورة مقاربة قالوا: من ادعى السرقـة على سارق مشهور [119] بها حلف على شيئـين: أنه ضاع ما ادعاه على السـارق ويحلف أيضاً لقد اتهمه، ويغرم السارق بغير

(١١٤) ينظر: الطرق الحكمية ص١٩١.
(١١٥) ينظر: إعلام الموقعين ٣/٣٠٦.
(١١٦) ينظر: الطرق الحكمية ص١٠، تبصرة الحكام ٢/١٢٠.
(١١٧) ينظر: زاد المعاد ٣/١٣٣.
(١١٨) ينظر: البهجة شرح التحفة ٢/٥٧٩.
(١١٩) السارق المشهور: من كثر طلابه بالسرقة وقويت فيه التهمة.

بينة؛ لأن اشتهاره بالسرقة شاهد عرفي أقوى من البينة الناطقة [١٢٠].

- حكم عمر رضي الله عنه برجم المرأة التي ظهر حملها ولم يكن لها زوج ولا سيد وجعل ذلك يقوم مقام البينة [١٢١].

- إذا شهد أهل الكتاب على المسلمين في الوصية في السفر واطلع ولي الميت على خيانة من الوصيين جاز لهما أن يحلفا ويستحقا ما حلفا عليه. وهذا لوث في الأموال نظير اللوث في الدماء وأولى بالجواز منه [١٢٢].

- في اللعان إذا نكلت المرأة فلم تلاعن زوجها فإنها تحد، وهو مذهب جمع من العلماء وهو الذي دل عليه القرآن: ﴿ وَيَدْرَؤُاْ عَنْهَا ٱلْعَذَابَ ﴾النور: ٨، والعذاب هنا هو العذاب المذكور في أول السورة: ﴿وَلْيَشْهَدْ عَذَابَهُمَا طَآئِفَةٌ ﴾النور: ٢. فأضافه أولاً وعرَّفه باللام ثانياً وهو عذاب واحد[١٢٣].

فنكول المرأة مع تمكنها من تبرئة نفسها من أقوى الأمارات على صدق الزوج، فقام لعان الزوج ونكول المرأة مقام الشهود.

والله جل وعلا شرع الأيمان في جانب المدعي إذا احتاج إلى ذلك وتعذرت عليه إقامة البينة وشهدت القرائن بصدقه كما هو الحال هنا في اللعان، وشرع عذاب المرأة بنكولها مع يمينه.

فإن إقدام الزوج على إتلاف فراشه ورميها بالفاحشة على رؤوس الأشهاد، وتعريض نفسه لعقوبة الدنيا والآخرة وفضيحة أهله على رؤوس الأشهاد مما تأباه طباع العقلاء وتنفر عنه لولا أن الزوجة اضطرته بما رآه وتيقنه منها فجانبه أقوى بلا شك، فشرعت

(١٢٠) ينظر: البهجة شرح التحفة ٥٧٨/٢.
(١٢١) ينظر: تبصرة الحكام ٢٤٣/١.
(١٢٢) ينظر: زاد المعاد ١٣٣/٣.
(١٢٣) ينظر: الطرق الحكمية ص١١.

اليمين في جانبه [١٢٤].

- إذا خـلا الزوج مع زوجته خلـوة اهتداء فخلي بينه وبينها فادعـت المرأة المسيس وأنكره، فالقـول قولها مع يمينها ولها الصداق كاملاً، ووجه الاعتداد بقولها أن الحامل على الـوطء أمر جبلي والعادة أن الرجل إذا خلا بامرأتـه أول خلوة مع الحرص عليها والتشوق إليها قلما يفارقها قبل الوصول إليها. فإرخاء الستر قائم للزوجة مقام الشاهد فتحلف معه وتستحق الصداق كاملاً [١٢٥].

والمشهـور أن العادة والعرف كشاهد واحد فلابد من اليمين معه، وقيل: كالشاهدين فلا يمين [١٢٦].

- إذا اختلـف الراهن والمرتهن في قدر الدين، فإن حوز المرتهن للرهن كالشاهد في قدر الدين فيحلف المرتهن ويكون له ما قال، فإذا اختلفا في مبلغ الدين فالرهن كشاهد للمرتهـن إذا حـازه وثيقة فإذا كانـت قيمته يوم الحكم والتداعي لا يـوم التراهن مثل دعوى المرتهن فأكثر صُدِّق المرتهن مع يمينه [١٢٧].

يقـول ابن القيم: وقوله – أي مالك – هو الواضـح في الدليل في قدر الدين ما لم يزد على قيمة الرهن [١٢٨].

- مسألـة تداعي المِلْك اليد مع مجـرد الدعوى - أي الحيازة – من غير معارض له، أو الحيـازة مع تكافؤ البينتين كحائز الدار الذي يتصرف فيها تصرف المُلاَّك في ملكهم فقام عليه من ادعـى ملكيتها ولا بينة للمدعي، أو أقام كل منهم بينة فتساقطت البينتان

(١٢٤) ينظر: الطرق الحكمية ص١٢٢، إعلام الموقعين ١/٧٧، إغاثة اللهفان ٢/٦١.
(١٢٥) ينظر: المقدمات الممهدات ٢/٢٩٣، شرح ميارة ١/٧٥، ١٠٦، ٢٤٠.
(١٢٦) ينظر: شرح ميارة ١/٢٤١.
(١٢٧) ينظر: شرح ميارة ١/٧٥.
(١٢٨) ينظر: الطرق الحكمية ص٢٢.

عند المساواة أو تصيران كالعدم ويبقى الشيء بيد حائزه ويحلف معه(١٢٩).

قال ابن القيم: هذا مذهب مالك وأصحابه وأهل الصواب قالوا: إذا رأينا رجلاً حائزاً لدار متصرفاً فيها مدة سنين طويلة بالهدم والبناء والإجارة والعمارة وهو ينسبها إلى نفسه ويضيفها إلى ملكه، وإنسان حاضر يراه ويشاهد أفعاله فيها طول هذه المدة، وهو مع هذا لا يعارضه فيها ولا يذكر أن له فيها حقاً ولا مانع يمنعه من مطالبته من خوف سلطان أو نحوه من الضرر المانع من المطالبة بالحقوق ... فدعواه غير مسموعة أصلاً فضلاً عن بينته، وتبقى الدار في يد حائزها؛ لأن كل دعوى ينفيها العرف وتكذبها العادة فإنها مرفوضة غير مسموعة(١٣٠).

- الدعوى على الغاصب المشهور بالغصب كما في الصورة السابقة صورة السارق(١٣١).

- إذا تداعا الزوجان متاع البيت أو تداعا النجار والخياط في آلات صناعتهما، فإنه يقضى لمن يدل الحال على صحة دعواه مع يمينه(١٣٢)؛ لغلبة الظن القريب من القطع باختصاصه به، وهذا عند الجمهور، ولم ينازع في ذلك إلا الشافعي، وقد نظر الجمهور إلى القرائن الظاهرة والظن الغالب الملتحق بالقطع في اختصاص كل واحد منهم بما يصلح له، ورأوا أن الدعوى تترجح بما هو دون ذلك بكثير كاليد، والبراءة والنكول واليمين المردودة والشاهد واليمين والرجل والمرأتين فيثير ذلك ظناً تترجح به الدعوى، ومعلوم أن الظن الحاصل هاهنا أقوى بمراتب كثيرة من الظن الحاصل بتلك الأشياء

(١٢٩) ينظر: المقدمات الممهدات ٢/٢٩٣، شرح ميارة ١/٧٥.
(١٣٠) ينظر: الطرق الحكمية ص١١٥.
(١٣١) ينظر: البهجة شرح التحفة ٢/٥٧٨.
(١٣٢) ينظر: المقدمات الممهدات ٢/٢٩٣، الطرق الحكمية ص٩٧، إعلام الموقعين ٣/٣٠٦.

وهذا مما لا يمكن جحده ودفعه [١٣٣].

المبحث السابع عشر
العلاقة بين البحث واليمين المتممة (المكملة)

اليمين المتممة عند القانونيين إجراء يتخذه القاضي من تلقاء نفسه رغبة منه في تحري الحقيقة ليستكمل به دليلاً ناقصاً في الدعوى ويمكن تعريفها بأنها: اليمين التي يوجهها القاضي من تلقاء نفسه إلى أي من الخصمين ليستكمل بها اقتناعه عندما يرى بأن ما قدمه الخصم من أدلة لم يكن كافيا [١٣٤].

ومن خصائص هذه اليمين أنها لا تتوجه في الدعوى الخالية من الدليل لأنه لا يجوز أن تكون هذه اليمين هي الدليل الوحيد في الواقعة.

ومن خصائصها أنها لا تتوجّه في الدعوى المكتملة الدليل؛ لأن الدليل الكامل يغني عنها فلا فائدة منها. ولا بد أن يكون في الدعوى مبدأ الثبوت الذي يجعل الادعاء قريب الاحتمال – أي قرينة على الصدق – وإن كان لا يكفي بمجرده لتكوين دليل فيستكمله القاضي باليمين المتممة.

ويختلف الدليل الناقص الذي يراد تكميله في اليمين المتممة باختلاف القضايا، فقد يكون شهادة شهود غير مكتملة، أو قرائن غير كافية لاقتناع القاضي تجعل الادعاء قريب الاحتمال، فيجوز للقاضي أن يكمل هذه الشهادات الناقصة أو القرائن غير الكافية باليمين المتممة، ويمكنه أن يقضي على أساسها باعتبارها مكملة لعناصر الإثبات الأخرى

(١٣٣) ينظر: الطرق الحكمية ص٨٥.

(١٣٤) ينظر في اليمين المتممة: قواعد الإثبات (فرج) ص٣١٨، طرق وأدلة الإثبات (طلبة) ص٥٨٥، شرح أحكام قانون الإثبات المدني (العبودي) ص٣١٢.

في الدعوى ليبني على ذلك حكمه.

فلابد من توافر مبدأ ثبوت لا يرقى لمرتبة الدليل الكامل.

ولقاضـي الدعوى الحرية في تعيين من يوجه إليه هذه اليمين من الخصوم لا معقب له في ذلك، وهو يراعي في توجيهه ذلك من كانت أدلته أقوى وأوضح وأقرب للحقيقة وأكثر طمأنينة بالنسبة إليه.

وتظهر العلاقة بين موضوع البحث واليمين المتممة من خلال وجود أدلة في القضية، لكنها ناقصة لا يستطيع القاضي حسم الدعوى بتلك الأدلة لكنه يتوافر لديه مبدأ ثبوت يقرب في نظره ووجدانـه أن هذا الطرف هو الأقرب للحقيقة بعد أخذ الحيطة وتقدير الجدوى من هذه اليمين.

وقـد عد بعضـ القانونيين توجيه اليمين مـع الشاهد الواحد من هـذا الباب، وأن القاضـي ملزم في هـذه الحالة بتوجيه اليمين المتممـة؛ إذ أن القاضي يكمل بها النقص المترتـب في الإثبات عند عـدم اكتمال نصاب الشهود، فإذا وُجـد شاهد واحد وأراد القاضي زيادة الاقتناع وجَّه هذه اليمين إلى المدعي [١٣٥].

ويـرى جماعة من العلماء رحمهم الله أن اليمين مع الشاهد قامت مقام الشاهد[١٣٦]، أو بعبـارة أخرى قام السبب المقوي للدعوى مقام الشاهد [١٣٧]؛ ولهذا يقول ابن القيم رحمه الله: "وإذا قضي بالشاهد واليمين فالحكم بالشاهد وحده واليمين تقوية وتوكيد، وهذا منصوص أحمد" [١٣٨].

وقـال رحمه الله: "لأن اليمـين تكون في جنبة أقـوى المتداعيين وإنمـا تقوى حينئذ

(١٣٥) ينظر: شرح أحكام قانون الإثبات المدني (العبودي) ص٣١٩.

(١٣٦) ينظر: الطرق الحكمية ص٣٩.

(١٣٧) ينظر: الطرق الحكمية ص١٩.

(١٣٨) ينظر: الطرق الحكمية ص ١٣٨.

بالشاهد"[139].

فالعلاقــة ظاهرة بينهما حتــى إن الشافعي رحمه الله يرى أن اليمــين مع الشاهد بينة ناقصة العدد يحلف مقيمها معها [140]. وهذه تماماً هي الوجهة القانونية.

المبحث الثامن عشر
التطبيقات القضائية

تطبيق قضائي رقم (١)

ملخصــ الدعوى: تتلخص دعوى المدعي تجاه المدعى عليه (مكفوله) بالمطالبة بمبالغ مالية من إيرادات المحل (قيمة تنفيذ ديكورات) لم يقم بإدخالها في حساب المدعي.

ملخصــ جواب المدعى عليه: أن المحل ملكي وضعتــه باسم المدعي (كفيلي)؛ لأن النظام لا يسمــح بتسجيله باسمي، فجعلته باسمه مقابــل إعطائه نسبة ١٠٪ من صافي الربح.

التسبيب والحكم:

فنظراً لما تقدم مــن الدعوى والإجابة وحيث حصر المدعي دعواه بقيام المدعى عليه بأخذ قيمــة تنفيذ الديكورات وحيث صادق المدعى عليه علــى صحة ذلك، ودفع بأنه المالــك الحقيقي للمحــل إلا أنه وضعه باسم المدعي مقابل أخــذ نسبة من الربح، ونظراً لإنــكار المدعي صحــة ذلك وبطلب البينة من المدعى عليه علــى صحة ما ذكره استدل بالأمور التالية:

١- قيامه بالتوقيع على العقود والسندات مع عدم وجود أي توقيع للمدعي.

---

(١٣٩) ينظر: الطرق الحكمية ص١٤٠.

(١٤٠) ينظر: الحاوي ١٧/ ٧٢.

٢- عدم استلام المدعى عليه لأي راتب من المدعي، وعجز المدعي عن إثبات ذلك.

٣- إعطاء المدعى عليه بطاقة صراف وتفويضه بالسحب والتحويل من حساب المحل.

٤- كون هاتف المحل باسم المدعى عليه.

٥- إفادة صاحب العقار بأن المدعى عليه هو الذي كان يدفع الإيجار.

وهذه الأمور تخالف العرف الجاري فيما يتعلق بصلاحية العامل الأجير.

وهذه قرائن ترجح جانب المدعى عليه ويؤيدها ما قرره المدعي من:

- عدم استلامه لإيرادات المحل لمدة عشر سنوات وسكوته عن المطالبة، وليس من العادة سكوت المالك عن المطالبة بالدخل طوال هذه السنوات.

- ما جاء في شهادة ... لصالح المدعي فقد ظهر من خلال شهادته أنه غير ضابط لها.

- ورقة المخالصة برواتب المدعى عليه فقد ظهر فيها الطمس والتعديل وهذا مؤثر على كونها حجة.

ونظراً لأن القرائن إذا اجتمعت فتقوم مقام الشاهد وتكمل باليمين، وحيث حلف المدعى عليه اليمين المطلوبة، فقد أفهمت المدعي بأن دعواه بالمطالبة بالمبلغ المدعى به ساقطة لكون المدعى عليه هو المالك الحقيقي للمحل وبذلك حكمت [١٤١].

تطبيق قضائي رقم (٢)

ملخص الدعوى: مطالبة المدعي المدعى عليه تسليمه مبلغ مالي قدره ثلاثة آلاف ريال هي تقدير مالي من مقدري الشجاج في المحكمة نتيجة اعتداء جسدي من قِبل

(١٤١) ينظر بتمامه: مدونة الأحكام القضائية، الإصدار الأول، ص١١١، وتنظر القضية بكمالها من ١١١-١٢٤.

المدعى عليه.

جواب المدعي: إثبات واقعة المشادة ونفي تسببه بالإصابات المذكورة.

الحكم: فبناء على ما تقدم من الدعوى والإجابة وحيث إن المدعى عليه يُدان بما جاء في دعوى المدعي للأدلة التالية:

أولاً: اعتراف المدعى عليه بحضور المدعي في مكتبه في التاريخ المنوه عنه في الدعوى.

ثانياً: إقراره بقيامه بمسك يد المدعي ليثنيها من الخلف ودفعه للمدعي.

ثالثاً: تزامن تاريخ حضور المدعي للمدعى عليه في مكتبه وتاريخ التقرير الطبي.

وبموجبه فقد حكمت على المدعى عليه تسليم المدعي ثلاثة آلاف ريال بناء على ما جاء في محضر مقدري الشجاج.

الاستئناف:

قرر المدعى عليه عدم القناعة وطلب رفعه لمحكمة التميز دون لائحة اعتراضية.

وعادت المعاملة من محكمة التمييز وملخص قرارها فيه:

- ما قدمه المدعي من أدلة غير كافية في إدانة المدعى عليه والحكم عليه بالمبلغ مع مراعاة قاعدة: أن الأصل البراءة.

ملخص رد ناظر القضية:

أن القرائن تدين المدعى عليه وأورد نقولات عن ابن القيم رحمه الله في العمل بالقرائن المقوية مع تمسكه بالحكم الذي أجراه.

جواب الاستئناف:

بعد الدراسة أن القاضي لم يحلِّف المدعي مع القرائن التي أشار إليها على أن المدعى

عليه هو المتسبب بما حصل ثم جرى إحضار المدعي وعرض اليمين عليه وفق دعواه فاستعد لذلك وأدى اليمين كما طُلبت منه.

ثم صُدِّق الحكم من محكمة التمييز [١٤٢].

تطبيق قضائي رقم (٣)

من محمد بن إبراهيم إلى .. سلمه الله

السلام عليكم ورحمة الله وبركاته، وبعد:

فقد جرى الاطلاع على المعاملة المحالة إلينا وفق خطابكم رقم ..... بشأن اتهام ..... بسرقة مبلغ خمسمائة وثلاثين ريال من دكان ٠٠٠ كما جرى الاطلاع على مذكرة قاضي الجوف رقم ..... وتاريخ ..... والمتضمنة عدم ثبوت التهمة على المذكور، ورغبته بأن يدفع المبلغ من بيت المال إلخ.

نفيدكم بأن ..... المذكور إذا ثبتت قوة التهمة عليه وثبتت عدالة الشاهد الذي شهد بأنه رآه في الدكان، وحلف المسروق منه بأن ..... المذكور هو الذي سرق المبلغ من دكان ..... فيكلف ..... بدفع المبلغ من ماله، ولا وجه لدفعه من بيت المال، وهذا مقتضى ما صرح به الإمام ابن القيم رحمه الله في كتابه "الطرق الحكمية" وهو أنه إذا قويت التهمة يحلف المدعي معها ويكون بمثابة مسألة اليمين مع الشاهد، وإذا لم تقو التهمة ولم يعدل الشاهد ولم يحلف المدعي فلا يستحق المسروق منه شيئاً، والله يحفظكم [١٤٣].

(١٤٢) ينظر بتمامه: مدونة الأحكام القضائية، الإصدار الثاني، ص٩٥.

(١٤٣) ينظر: فتاوى ورسائل الشيخ محمد بن إبراهيم ١٣/ ٤٣.

تطبيق قضائي رقم (٤)

من محمد بن إبراهيم إلى حضرة فضيلة نائبنا في المنطقة الغربية سلمه الله.

السلام عليكم ورحمة الله وبركاته، وبعد:

فنشير إلى خطابكم لنا برقم ..... وتاريخ ..... على الأوراق الخاصة بقضية ..... حول اتهام الأشخاص الذين ذكرهم المدعي بإشعال النار في ..... وأن ذلك سبب احتراق أربعة وأربعين حجرة.

ونشعركم أنه جرى الاطلاع على الأوراق ولا سيما خطاب فضيلة قاضي حجاز بلقرن برقم ..... وتاريخ ..... الذي أوضح فيه مجريات القضية وأنه قد توقف عن الحكم ويسترشد هل يحكم على ..... بموجب التهمة والعداوة الثابتة لديه بين .....؟

وبتأمل الأوراق لم يظهر لنا ما يوجب الحكم على ..... لأن مجرد وجود العداوة لا يكفي في إثبات مثل هذا؛ لكن إن ثبت لدى القاضي شيء من القرائن والأمارات القوية ما يقوم مقام شاهد واحد على إدانة شخص أو أشخاص معينين بإشعال النار فلا مانع من تقوية ذلك بأيمان المدعين والحكم لهم بموجب ذلك، وإن لم يوجد ما يقوي دعواهم فلهم أيمان المدعى عليهم أنهم لم يشعلوا النار ولا يعلموا من أشعلها والله يتولاكم. والسلام [١٤٤].

(١٤٤) ينظر: فتاوى ورسائل الشيخ محمد بن إبراهيم ١٣/٤٢.

تطبيق قضائي رقم (٥)

من محمد بن إبراهيم إلى حضرة المكرم قاضي .. سلمه الله.

السلام عليكم ورحمة الله وبركاته، وبعد:

فقد وصل إلينا كتابك الذي تستفتي فيه عن دعوى .... ضد .... بشأن الغنم التي يدعي .... أن صدمها بسيارته، وأن ليس هناك إلا تلك القرائن التي ذكرتم، وأن المدعي حلف على صدق دعواه، وأنه لا يعلم أحداً تعدى على غنمه غير المفوض.

والجواب: أنه بتأمل ما ذكرتم ظهر لنا والله أعلم أن تلك القرائن التي أشرتم إليها إذا لم يقم شيء يعارضها فإنها تقوي جانب المدعي مع يمينه، والقاعدة الشرعية أن اليمين تشرع في جانب أقوى المتداعيين، وقد قال ابن القيم رحمه الله: إن اليمين مشروعة في جانب أقوى المتداعيين، فأيهما قوي جانبه شرعت اليمين في حقه، ولهذا لما قوي جانب المدعين باللوث شرعت الأيمان في جانبهم، ولما قوي جانب المدعي بالشاهد الواحد شرعت اليمين في حقه، ولما قوي جانب المدعى عليه بالبراءة الأصلية كانت اليمين في حقه، وكذلك الأمناء المودع والمستأجر والوكيل والوصي القول قولهم ويحلفون لقوة جانبهم، فهذه قاعدة الشريعة المستمرة فأي قياس أحسن من هذا وأوضح مع موافقته للنصوص والآثار التي لا تدفع .ا.هـ. لكن ينبغي ملاحظة حلف المدعي، وأنه لا يعتد إلا بعد توجيه اليمين عليه شرعاً وأمر الحاكم له باليمين، فإن كان حلفه قبل ذلك فلا يكتفى به. والسلام عليكم [١٤٥].

(١٤٥) ينظر: فتاوى ورسائل الشيخ محمد بن إبراهيم ١٣/ ٤٣.

الخاتمة

الحمد لله الذي بنعمته تتم الصالحات، والصلوات الزاكيات على نبينا وقدوتنا محمد بن عبدالله عليه وعلى آله أفضل السلام وأزكى التحيات .. وبعد:

ففي ختام هذا البحث يمكن تلخيص أهم النتائج في النقاط الآتية:

- الدور الكبير الذي يقوم به القاضي في مجال الإثبات القضائي.
- أن القاضي يتعامل مع نوعين من الأدلة المباشرة وغير المباشرة.
- أن موضوع البحث لا ينفك فيه جانب الاستدلال عن جانب التسبيب والحكم.
- أن الأسباب التي يبنى عليها الحكم القضائي كثيرة.
- البينـات ليست محصورة بطرق معينة في مجال الحكم، فكل ما أظهر الحق وأبانه فهو بينة.
- تتفاوت البينات من جهة القوة فهي ليست على درجة واحدة في هذا المضمار.
- أن القرائن لها دور فعال وحاسم في مجال الإثبات القضائي وقيمتها عالية في هذا المجال، وأن العبء الأكبر يقع على القاضي في مجال استخلاصها وكفايتها.
- القرينة هي ما يستخلصه القاضي من أمر معلوم للدلالة على أمر مجهول.
- تقوم القرائن القضائية على ركنين: مادي: وهو عبارة عن وقائع متصلة بالدعوى. ومعنوي: وهو العمل الاستنباطي الذي يقوم به القاضي.
- أن القرائن تنقسم من جهة قوة دلالتها إلى أقسام: قوية، ومتوسطة، وضعيفة.
- يشترط لعملية الاستنباط توافر مجموعة من الشروط.
- بقـدر مراعـاة القاضي الأسبـاب المقوية للدعـوى بقدر ما يقـوده ذلك للحكم الصحيح والرأي السديد.

- أن للقاضي سلطة تقديرية كبيرة في مجال استنباط القرائن (الأسباب المقوية للدعوى).
- أن القرائن قد تنفرد في الدلالة تارة، أو تجتمع مع قرائن أخرى فتكملها، أو ينضاف إليها إجراء قضائي آخر كاليمين مع القرائن.
- تسبيب الحكم القضائي آكد مسائل العمل القضائي في جميع النظم والقوانين.
- للتسبيب أهمية كبرى في المجال القضائي.
- أن التصرف الفعلي قد يقوم مقام الإذن القولي وينزل منزلته.
- الأدلة الشرعية الدالة على اعتبار الأسباب المقوية وجعلها تقوم مقام الشاهد كثيرة متوافرة.
- أن التطبيقات المتعلقة بإقامة السبب المقوي للدعوى مقام الشاهد كثيرة وهي لب البحث.
- أن العلاقة بين موضوع البحث واليمين المتممة علاقة قوية جداً.



الشروط التي تشترطها المرأة لمنفعتها وأثرها في عقد النكاح

بحث محكم

إعداد د. نورة بنت عبد الله بن محمد المطلق

الأستاذ المشارك بقسم الفقه، كلية الشريعة

جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية

ملخص البحث

بيّن البحث التالي:

– تعريف الشرط بأنه: وصف ظاهر منضبط، مكمل لمشروطه، يستلزم عدمه عدم الحكم، ولا يستلزم وجوده وجود الحكم.

– أنواع الشروط، والفرق بين الشروط في عقد النكاح، وشروط النكاح.

– أقسام الشروط في عقد النكاح أربعة هي:

شروط موافقة لمقتضى العقد، وشروط فيها مصلحة للعقد، وشروط محرمة منافية للعقد، وشروط منفعة معلومة في العقد.

– تفصيل شروط تشترطها المرأة لمنفعتها في عقد النكاح كالتالي:

– المسكن الخاص: شرط صحيح يجب الوفاء به، وصفته: سكن آمن بقدر حالهما يسارا أو إعسارا.

– ألا يتزوج عليها أو ألا يخرجها من بلدها أو دارها أو ألا يسافر بها: فيها خلاف بين الفقهاء، منهم من يرى فسادها، ومنهم منى يرى استحباب الوفاء بها، ومنهم من يرى وجوب الوفاء بها، رجّح البحث وجوب الوفاء.

– إكمال الدراسة أو إيصالها مشاويرها الخاصة أو أن يكون لها من يخدمها أو أن يكون بعض المهر مؤخرا أو حضانة ورضاعة أطفالها من غيره أو ألا يفرق بينها وبين والديها أو الحَجّ بها: شروط صحيحة يجب الوفاء بها.

- العمـل، أو الاستمـرار فيه: فيه خلاف بين الفقهـاء، منهم من يرى فسـاده، ومنهم من يرى استحباب الوفاء به ومنهم من يرى وجوب الوفاء به، رجّح البحث وجوب الوفاء به.

- العصمة: شرط فيه خلاف بين الفقهاء، منهم من يرى بطلان الشرط، ومنهم من يرى صحته، رجح البحث البطلان.

- طلاق الضرة: شرط باطل باتفاق الفقهاء الأربعة.

- ملكيتهـا لأجرة عملها: لا حاجة لاشتراطه، فهو مسلّم به؛ لانفصال الذمة المالية لكلا الزوجين.

- عـدم رجعـة الزوج لمطلقته: يأخـذ حكم شرط طـلاق الضرة إن كان الطلاق رجعيا، وإن كان بائنا فيأخذ حكم شرط ألا يتزوج عليها.

- إن كانت في عصمته وتزوج، فتكون الثانية مطلقة طلاقا بائنا: شرط باطل؛ لأنه قبل العقد، ولا طلاق قبل النكاح.

- إذا اشترطـت الزوجـة العمـل أو الاستمرار فيهـا، فمنعها زوجها، فخرجت، فلا تكون ناشزا، ولها النفقة.

- للزوجـة التـي اشترطـت شروطـا صحيحـة لازمة علـى زوجها حق الفسخ؛ إن لم يفِ الزوج بما اتفق عليه.

- للمـرأة التـي طلقها زوجهـا إن اشترطت عليه الحج بهـا ولم يتحقق شرطهـا، أن يقوم بدفع تكاليـف قيمة الحج إليهـا، وإن مات أُخذت من تركته.

المقدمة

الحمد لله القائل: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلنَّاسُ ٱتَّقُواْ رَبَّكُمُ ٱلَّذِى خَلَقَكُم مِّن نَّفۡسٖ وَٰحِدَةٖ وَخَلَقَ مِنۡهَا زَوۡجَهَا وَبَثَّ مِنۡهُمَا رِجَالٗا كَثِيرٗا وَنِسَآءٗۚ وَٱتَّقُواْ ٱللَّهَ ٱلَّذِى تَسَآءَلُونَ بِهِۦ وَٱلۡأَرۡحَامَۚ إِنَّ ٱللَّهَ كَانَ عَلَيۡكُمۡ رَقِيبٗا ١﴾ النساء: ١. ﴿وَمِنۡ ءَايَٰتِهِۦٓ أَنۡ خَلَقَ لَكُم مِّنۡ أَنفُسِكُمۡ أَزۡوَٰجٗا لِّتَسۡكُنُوٓاْ إِلَيۡهَا وَجَعَلَ بَيۡنَكُم مَّوَدَّةٗ وَرَحۡمَةًۚ إِنَّ فِى ذَٰلِكَ لَأٓيَٰتٖ لِّقَوۡمٖ يَتَفَكَّرُونَ ٢١﴾ الروم: ٢١، والصلاة والسلام على نبينا وحبيبنا محمد القائل: «خيركم خيركم لأهله وأنا خيركم لأهلي»[(١)]، وعلى آله وصحبه، وبعد:

يترتب على عقد النكاح تحقيق الأنس والمودة، وبناء أسرة مسلمة متماسكة متعاونة، قائمة بشرع الله، ولأهمية استقرار الأسرة على الزوجين والأبناء والمجتمع جميعًا، كان لعقد النكاح من الأهمية قدر كبير؛ ولأنه قد يسبق عقد النكاح طلب من الزوجة للزوج ببعض الأمور التي ترجع لمصلحتها، ووجود الوعود من الزوج بتنفيذها، ثم بعد الدخول بالزوجة تذهب تلك الوعود أدراج الرياح عند بعض الأزواج، ولا ينفذ منها شيء، وتبدأ المشكلات والتنازع، والرفع للمحاكم والخصومات بين الزوجين، أو بين الزوج والأولياء، وتلافيًا لذلك يلجأ الزوجان، أو أحدهما، إلى اشتراط ما يريده في صلب العقد وتدوينه، بحيث يلزم به الطرف الآخر فضًا للمنازعات، ومن

(١) روته عنه عائشة رضي الله عنها، وأخرجه الترمذي في سننه، باب فضل أزواج النبي صلى الله عليه وسلم ٥/٧٠٩ برقم (٣٨٩٥)، وقال: هذا حديث حسن غريب صحيح من حديث الثوري، والبيهقي في السنن الكبرى، باب فضل النفقة على الأهل ٧/٤٦٨ برقم (١٦١١٧)، والدارمي في سننه، باب حسن معاشرة النساء ٢/٢١٢ برقم (٢٢٦٠)، وابن حبان في صحيحه، باب معاشرة الزوجين ٩/٤٨٤ برقم (٤١٧٧)، وقال شعيب الأرنؤوط في تعليقه على صحيح ابن حبان: إسناده صحيح، وقال الهيثمي في مجمع الزوائد ٤/٥٥٧: رواه البزار عن شيخه عثمان بن عمر، ولم أعرفه، وبقية رجاله رجال الصحيح، وذكره الألباني في السلسلة الصحيحة ١/٥٧٥ برقم (٢٨٥) و(١١٧٤) وقال: "صحيح".

هنــا كانت الحاجة داعية لبحث ومعرفة أهم هذه الشــروط التي تشترطها المرأة لمنفعتها ومصلحتها، وأثر هذه الشروط على صحة العقد.

التمهيد

التعريف بالشرط

الشرط لغة:

الشين والراء والطاء أصل يدل على علم، وعلامة، ومن ذلك الشرط بتحريك الراء العلامــة، ﴿فَقَدْ جَآءَ أَشْرَاطُهَا﴾ محمـد: ١٨، وأشراط الساعة علاماتهــا، وأشرط فلان نفسه لأمر كذا أي أعلمها، وأعدها، فالشرط علامة على المشروط، ومنه سمي الشُرْط؛ لأنهم جعلوا لأنفسهم علامة يعرفون بها، ومفرده (شُرطة)، و(شُرطي) بسكون الراء فيهما، ومنــه قولهم (أشرط) من إبله وغنمه، أي أعــد منها شيئًا للبيع. والشرْط بسكون الراء إلزام الشيء والتزامه في البيع ونحوه[٢].

وفي حديــث بريرة رضــي الله عنها أن النبي صلى الله عليــه وسلم قال: «ما كان من شرط ليس في كتاب الله فهو باطل، وإن كان مائة شرط قضاء الله أحق وشرط الله أوثق» يريد ما ظهر وبان من حكم الله ليلتزم الناس به، كقوله: «وإنما الولاء لمن اعتق»[٣].

الشرط اصطلاحًا:

أولاً: عند الأصوليين:

له تعريفات عدة منها:

---

(٢) مختار الصحاح للرازي ص١٤١، تاج العروس ٤٠٤/١٩القاموس المحيط ٨٦٩/١، معجم مقاييس اللغة ٢٦٠/٣، المعجم الوسيط ٤٧٩/١، المحكم والمحيط الأعظم ١٣/٨، التعريفات ص١٦٦، لسان العرب ٣٢٩/٧، مادة (ش ر ط).

(٣) أخرجــه البخــاري في صحيحــه، بــاب إذا اشترط شروطاً في البيــع لا تحل٧٥٩/٢ برقــم (٢٠٦٠) واللفظ له، ومسلم في صحيحه، باب إنما الولاء لمن أعتق ٢١٤/٤ برقم (٣٨٥٢).

- ما لا يوجد المشروط مع عدمه، ولا يلزم أن يوجد عند وجوده، كالإحصان مع الرجم، والحول في الزكاة(٤).

- ما يلزم من نفيه نفي أمر ما على وجه لا يكون سبباً لوجوده، ولا داخلاً في السبب(٥).

فالشرط ما يتوقف وجود الحكم على وجوده وجودًا شرعيًا، ويكون خارجًا عن حقيقته، ويلزم من عدمه عدم الحكم، وذلك مثل حضور الشاهدين؛ فإنه شرط في صحة عقد الزواج، فإذا لم يحضر عقد الزواج شاهدان لم يصح الزواج، ولم يترتب على العقد الآثار المشروعة، والشاهدان خارجان عن حقيقة الزواج، وليسا جزءاً منه، وقد يوجدان، ولا يوجد الزواج(٦).

ثانياً: عند الفقهاء:

عرف بعدة تعريفات منها:

عند الحنفية:

ما يتوقف عليه وجود الشيء، ولا يكون داخلاً فيه(٧).

عند المالكية:

ما يلزم من عدمه عدم، ولا يلزم من وجوده وجوده، ولا عدمه لذاته(٨).

عند الشافعية:

ما يلزم من عدمه العدم، ولا يلزم من وجوده وجود، ولا عدم لذاته(٩).

---

(٤) روضة الناظر وجنة المناظر لابن قدامة ص٥٧.

(٥) الإحكام للآمدي ١/١٣٠.

(٦) مجلة مجمع الفقه الإسلامي ١٢/٥٨٥.

(٧) البحر الرائق لابن نجيم الحنفي ١/٢٨٠.

(٨) بلغة السالك لأقرب المسالك للصاوي ١/٣٧٩، فقه العبادات على المذهب المالكي ١/١٣٠.

(٩) إعانة الطالبين لأبي بكر الدمياطي ١/٢٦، حاشيتا قليوبي وعميرة ١/٢٠٠.

عند الحنابلة:

ما لا يوجد المشروط مع عدمه، ولا يلزم أن يوجد عند وجوده[١٠].

التعريف المختار:

هو وصف ظاهر منضبط، مكمل لمشروطه، يستلزم عدمه عدم الحكم، ولا يستلزم وجوده وجود الحكم[١١].

وقيل: هو ما يتوقف عليه الشيء، ويكون خارجاً عن ماهيته، فإن كان شرطاً للوجوب، فهو ما يتوقف عليه الوجوب، وإن كان شرطاً للصحة، فهو ما يتوقف عليه الصحة، وإن كان شرطاً للإجزاء، فهو ما يتوقف عليه الإجزاء[١٢].

أنواع الشرط:

الشرط أنواع، منه: العقلي، واللغوي، والشرعي، والعادي، فالعقلي كالحياة للعلم، والعلم للإرادة، واللغوي كقوله: إن دخلت الدار فأنت طالق، والشرعي كالطهارة للصلاة، والإحصان للرجم، والعادي كالغذاء للحيوان[١٣].

تعريف الشروط في عقد النكاح:

إلزام أحد المتعاقدين الآخر بسبب العقد ما له فيه منفعة[١٤].

الفرق بين الشروط في عقد النكاح، وشروط النكاح:

الفرق الأول: أن شروط النكاح من وضع الخالق عزّ وجلّ على لسان رسوله صلى الله عليه وسلم، والشروط في النكاح من وضع المتعاقدين، أو أحدهما.

---

(١٠) حاشية الروض المربع لابن قاسم ٤٦٠/١.

(١١) مجلة البحوث الإسلامية ١٨٢/٥٣.

(١٢) معجم لغة الفقهاء ص٣١٠ مادة (شرط).

(١٣) الإحكام للآمدي ٣٣٣/٢، شرح مختصر الروضة للطوفي ٤٣٢/١.

(١٤) الملخص الفقهي د. صالح الفوزان ١٧/٢.

الفـرق الثاني: شروط النكاح متوقـف عليها صحة العقد، وعدم فساده، كعدم وجود المهر، أو عدم وجود الولي، أو الشاهدين.

والشـروط في النكاح عدم وجودها لا يتوقف عليـه صحة العقد، فقد يكون العقد صحيحاً؛ ولكن يتوقف عليه لزومـه وإمضاؤه، فيبقى فيه الخيار كما لو اشترطت المرأة في العقد استمرارها في الدراسة، فالشرط صحيح، فلو تزوجها ولم يف بهذا الشرط، فلها الخيار بين البقاء أو الفسخ.

أقسام الشروط في العقد:

ويقصد بها أقسام الشروط في صلب عقد النكاح، إذ هي المعتبرة في هذا العقد(١٥)، وهي أربعة أقسام:

أولاً: الشروط الموافقة لمقتضى العقد والمقصود منه:

مثل: إذا عقد النكاح وشرط الاستمتاع بها، فهذا صحيح باتفاق الفقهاء من المذاهب الأربعة؛ لأنه المقصود من العقد(١٦).

لقوله تعالى: ﴿ وَأَوْفُوا بِعَهْدِ اللَّهِ إِذَا عَاهَدتُّمْ وَلَا تَنقُضُوا الْأَيْمَانَ بَعْدَ تَوْكِيدِهَا ﴾النحل: ٩١.

أمر الله سبحانـه المؤمنين في هذه الآية بالوفاء بالعهود التي يقطعونها على أنفسهم، واشتراط الزوج، أو الزوجة مثل هذه الشروط بمثابة هذه العهود(١٧).

(١٥) شرح ميارة ١/٢٧٨، الإنصاف ٨/١١٤، الروض المربع ص٣٤٠. وخالف في ذلك ابن حزم في المحلى ٩/٥١٦- ٥١٧ فقال: "ولا يصح نكاح على شرط أصلاً، حاشا الصداق الموصوف في الذمة، أو المدفوع أو المعين، وعلى أن لا يضر بها في نفسها ومالها إمساك بمعروف، أو تسريح بإحسان، و أما بشرط هبة أو بيع أو أن لا يتسرى عليها، أو أن لا يُرحِّلها، أو غير ذلك كله؛ فإن اشترط ذلك في نفس العقد فهو عقد مفسوخ، وإن اشترط ذلك بعد العقد فالعقد صحيح، والشروط كلها باطلة....".

(١٦) المبسوط ٥/٨٥، الذخيرة ٨/٩٨، شرح ميارة ١/٢٧٩، الفواكه الدواني ٢/١٤، البهجة شرح التحفة ١/٤٣٥، روضة الطالبين ٥/٥٨٨، الحاوي الكبير ٥/٣١٢، منهاج الطالبين ص١٠٢، مغني المحتاج٣/٢٢٦، الإنصاف ٨/ ١١٥، المبدع ٧/٧٢، حاشية الروض المربع لابن قاسم ٤/٣٩٣ – ٣٩٦.

(١٧) تفسير القرآن العظيم لابن كثير ٢/٥٠٤.

وقولـه عليه الصلاة والسلام: «أحقُ ما أَوفيتم منَ الشروط أَن تُوفوا به ما استحلَلتم بـه الفروج»[١٨]، ففي الحديث حث على الوفـاء بالشروط التي يشترطها الإنسان على نفسه، وأحق الشروط بالوفاء الشروط المتعلقة بالأبضاع.

ثانيًا: الشروط التي فيها مصلحة للعقد:

ومثالـه: إذا عقـد النكاح، ولم يدفع المهـر، وأحضر كفيلاً أو رهنـاً، أو طلب توثيق العقد بالكتابة.

فهذا صحيح باتفاق المذاهب الأربعة؛ لأنه يؤدي إلى إتمام العقد، والتوثق منه[١٩].

والأدلة على وجوب الوفاء بهذه الشروط كثيرة:

١ – قول الله تعالى: ﴿وَأَوۡفُواْ بِٱلۡعَهۡدِۖ إِنَّ ٱلۡعَهۡدَ كَانَ مَسۡـُٔولٗا ٣٤﴾الإسراء: ٣٤.

وجه الاستدلال:

أن في الآيـة أمر بالوفـاء بالعهد والشروط، والعقود التي يتعاملـون بها؛ فإن العهد والعقد كل منها يُسأل صاحبه عنه[٢٠].

٢ – مـا ورد عن النبي صلى الله عليه وسلـم أنه قال: «الصلح جائز بين المسلمين إلا صلحًـا حرم حلالاً، أو أحل حرامًا، والمسلمون على شروطهم، إلا شرطًا حرم حلالاً، أو أحل حرامًا»[٢١].

(١٨) أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب النكاح، باب الشروط في النكاح ٥/١٩٨٧ برقم (٤٨٥٦).

(١٩) بدائع الصنائع ٧/٢٥٥، المبسوط ٥/٨٥، الذخيرة ٨/٩٨، حاشية الدسوقي ٣/٤٠، روضة الطالبين ٥/٥٨٨، الحاوي الكبير ٥/٣١٢، منهاج الطالبين ص١٠٢، الوسيط ٣/٧٤، مغني المحتاج٣/٢٢٦، الإنصاف ٨/١١٤، المبدع ٣/٣٨٩ و٧/٧٢، حاشية الروض المربع لابن قاسم ٤/٣٩٣ – ٣٩٦.

(٢٠)تفسير القرآن العظيم لابن كثير ٣/٥١.

(٢١) أخرجه الترمذي في سننه، كتاب الأحكام، باب ما ذكر في الصلح بين الناس ٣/٦٣٤ برقم (١٣٥٢) وقال: هذا حديث حسن صحيح، وصححه الألباني في صحيح الترمذي (مطبوع بذيل سنن الترمذي) ٣/٦٣٤.

وجه الاستدلال:

في الحديث دليل على وجوب الوفاء بالشروط إلا ما كان فيه مخالفة للشرع بتحريم حلال، أو تحليل حرام.

ثالثًا: الشروط المحرمة أو المنافية للعقد.

ومثاله: كما لو شرط عدم الوطء، فهذا فاسد باتفاق أئمة المذاهب الأربعة(٢٢)؛ لأنه ينافي مقتضى العقد، ولأنه يتضمن إسقاط حقوق تجب بالعقد قبل انعقاده(٢٣)، فكل شرط يترتب عليه إسقاط شيء من حقوق الزوج، فهو شرط ليس في كتاب الله(٢٤).

ومثاله: كما لو اشترطت عدم تمكينه من نفسها؛ فهذا فاسد باتفاق أئمة المذاهب الأربعة(٢٥).

لقوله عليه الصلاة والسلام: «ما بال رجال يشترطون شروطًا ليست في كتاب الله، ما كان من شرط ليس في كتاب الله فهو باطل، وإن كان مائة شرط، قضاء الله أحق، وشرط الله أوثق، وإنما الولاء لمن أعتق»(٢٦)، فأنكر النبي صلى الله عليه وسلم كل شرط مخالف لما شرعه الله تعالى.

وإذا كان الشرط باطلًا، فلا يبطل معه العقد، بل العقد لازم إن كان المشترط عالما بالتحريم، قال شيخ الإسلام: "ونفس الحديث -حديث بريرة- صريحٌ في أن مثل هذا

(٢٢) الدر المختار ٣/٥٣، الفواكه الدواني ٢/١٤، البهجة في شرح التحفة ١/٤٣٥، الشرح الكبير للدردير ٢/٣١٧، شرح الخرشي ٣/١٩٦، شرح ميارة ١/٢٧٨، الانصاف ٥/٢٥٥، المبدع ٧/٨١. ونقل الإجماع ابن حجر في فتح الباري ٩/٢١٨، والشوكاني في نيل الأوطار ٦/٢٠٠.

(٢٣) المبدع ٧/٨١.

(٢٤) تحفة الأحوذي لمحمد المباركفوري ٤/٢٣٣.

(٢٥) الدر المختار ٣/٥٣، الذخيرة ٨/١٠٩، الفواكه الدواني ٢/١٤، الحاوي الكبير ٥/٣١٢، المبدع ٧/٨١.

(٢٦) أخرجه البخاري في صحيحه، باب إذا اشترط شروطا في البيع لا تحل ٢/٧٥٩ برقم (٢٠٦٠) واللفظ له، ومسلم في صحيحه، باب إنما الولاء لمن أعتق ٤/٢١٤ برقم (٣٨٥٢).

الشـرط الفاسـد لا يفسد العقد، وهذا هـو الصواب، وهو قول ابـن أبي ليلى، وهو مذهـب أحمد في أظهر الروايتين عنـه، وإنما استشكل هذا الحديث من ظنَّ أن الشرط الفاسـد يفسد العقـد، وليس كذلك... وأما إن كان المشترط لمثـل هذا الشرط الباطل جاهـلاً بالتحريم، ظانًا منه أنه شرط لازم، فهذا لا يكون البيع في حقه لازمًا، ولا يكون أيضًا باطلاً، هذا ظاهر مذهب أحمد، بل له الفسخ إذا لم يعلم أن هذا الشرط لا يجب الوفاء به"[٢٧].

وللقاعدة الشرعية: «ما ثبت بالشرع مقدم على ما ثبت بالشرط»[٢٨].

وقـال شيخ الإسلام: "فإذا كان الشرط منافيًا لمقصـود العقد، كان العقد لغوًا، وإذا كان منافيًـا لمقصـود الشارع كان مخالفًـا لله ورسوله، فأمـا إذا لم يشتمل على واحد منهمـا، فلـم يكن لغوًا، ولا اشتمل علـى ما حرمه الله ورسوله، فـلا وجه لتحريمه؛ بل الواجـب حله؛ لأنه عَمَلٌ مقصود للناس يحتاجون إليه، إذ لولا حاجتهم إليه لما فعلوه، فإن الإقدام على الفعل مظنة الحاجة إليه، ولم يثبت تحريمه فيباح؛ لما في الكتاب والسنة مما يرفع الحرج"[٢٩].

رابعًا: اشتراط منفعة معلومة في العقد فإذا اشترطت المرأة شروطًا لمنفعتها، فما حكم ذلك؟ وما أثره على العقد؟

هذا القسم محل خلاف بين الفقهاء –رحمهم الله- وهو المقصود من هذا البحث.

(٢٧) مجموع فتاوى شيخ الإسلام ٢٩/٣٣٩- ٣٤٠.

(٢٨) المنثور في القواعد للزركشي ٣/١٣٤، الوجيز في إيضاح قواعد الفقه الكلية لمحمد البورنو ص٣٩٩ القاعدة (٢٣)، الفقه
الإسلامي وأدلته ١/٦٥٤، نيل الأوطار للشوكاني ٥/١٨٢.

(٢٩) مجموع فتاوى شيخ الإسلام ٢٩/١٥٧.

الشروط التي تشترطها المرأة لمنفعتها في عقد النكاح

بعد استقراء أكثر الشروط التي تشترطها المرأة لمنفعتها في عقد النكاح، أذكرها مفصلة في سبع عشرة مسألة هي كالآتي:

المسألة الأولى: اشتراط المرأة مسكنًا خاصًا بها:

أوجب الله تعالى على الزوج سكنى زوجته، فالمسكن من الآثار المترتبة على العقد كالمهر والنفقة والكسوة، واشتراط المسكن من الشروط التي تشترطها المرأة لمنفعتها، والسكنى أمر الله الزوج بها، فهذا الشرط مشروع، وهو من الشروط اللازمة التي يجب الوفاء بها، وذلك لأنها من الآثار المترتبة على العقد[(٣٠)]، ويدل على حق الزوجة في السكنى ما يلي:

١ – قول الله تعالى: ﴿ٱلرِّجَالُ قَوَّٰمُونَ عَلَى ٱلنِّسَآءِ بِمَا فَضَّلَ ٱللَّهُ بَعۡضَهُمۡ عَلَىٰ بَعۡضٖ وَبِمَآ أَنفَقُواْ مِنۡ أَمۡوَٰلِهِمۡ﴾النساء: ٣٤ .

وجه الاستدلال:

أن الله تعالى جعل للرجال قوامة على النساء؛ فأوكل لهم أمور زوجاتهم من المهور والنفقات[(٣١)]، وتشمل الكسوة والسكنى وحسن العشرة، فلا حاجة لاشتراط مثلها في عقد الزواج، فقد أثبتها الله عزّ وجلّ.

٢ – قول الله تعالى: ﴿أَسۡكِنُوهُنَّ مِنۡ حَيۡثُ سَكَنتُم مِّن وُجۡدِكُمۡ وَلَا تُضَآرُّوهُنَّ لِتُضَيِّقُواْ عَلَيۡهِنَّ﴾الطلاق: ٦.

---

(٣٠) بدائع الصنائع ٢/٣٣٢، المبسوط ٥/٦٨، ١٨١، رد المحتار على الدر المختار (حاشية ابن عابدين) ٣/٥٩٩، بداية المجتهد ٢/٥٥، التاج والإكليل ٤/١٨٢، مدونة الفقه المالكي ٣/٤٣٨، الأم ٥/٢٣٥، روضة الطالبين ٥/٥٨٨، الإقناع في حل ألفاظ أبي شجاع للخطيب الشربيني ٢/٤٨٧، المغني ٩/٢٣٠، ٢٣٣، الإقناع في فقه الإمام أحمد ٤/١٣٦، العدة شرح العمدة ٢/٣٧، الإنصاف ٩/٢٥٩، المبدع ٨/١٦٢ – ١٦٣، المحلى ٩/٤٧٢ ، فتح الباري ٩/٥٠٠، شرح النووي على مسلم ٩/ ٢٠٢، سبل السلام ٣/٢٦٥.

(٣١) تفسير القرطبي الجامع لأحكام القرآن ٥/١٦٨- ١٦٩، تفسير القرآن العظيم لابن كثير ١/٤٢٢.

وجه الاستدلال:

أن الله تعالى نهى عن إخراج المطلقات عن البيوت، وأمر بإسكانهن، وقدر الإسكان بالمعـروف، وهو البيت الذي يسكنه مثله ومثلها بحسب يسر الزوج وعسره[٣٢]؛ فلأن يكون هذا الحق لمن هي باقية في عقد الزوجية أولى[٣٣].

٣ – مـا ورد عن حكيم بن معاوية القشيري عـن أبيه قال: قلت: يا رسول الله ما حق زوجـة أحدنا عليه، قال: «أن تطعمها إذا طعمـت، وتكسوها إذا اكتسيت أو اكتسبت، ولا تضرب الوجه، ولا تقبح، ولا تهجر إلا في البيت» قال أبو داود: ولا تقبح أن تقول: قبحك الله[٣٤].

وجه الاستدلال:

في الحديث دليل على أن السكن واجب كالنفقة والكسوة وحسن العشرة، فهي ثابتة بعقد النكاح للزوجة[٣٥].

٤ – حديـث فاطمة بنت قيس أنها قالت: طلقنـي زوجي ثلاثًا، فلم يجعل لي رسول الله صلى الله عليه وسلم سكنى ولا نفقة[٣٦]. وفي رواية: أن النبي صلى الله عليه وسلم قال: «لا نفقة لك ولا سكنى»[٣٧].

وجه الاستدلال:

فنفـى النبي صلى الله عليه وسلم حقها في السكنى لبينونتها، فهذا دليل على ثبوتها

(٣٢) تيسير الكريم الرحمن في تفسير كلام المنان لابن سعدي ص٨٧١.
(٣٣) بداية المجتهد ٢/٥٥، الإقناع في حل ألفاظ أبي شجاع ٢/٤٨٧، المغني لابن قدامة ٩/٢٣٣، المبدع ٨/١٦٣.
(٣٤) أخرجه أبو داود في سننه، كتاب النكاح، باب في حق المرأة على زوجها ص٣٢٥ برقم (٢١٤٢) صححه الألباني في صحيح سنن أبي داود ١/٥٩٦.
(٣٥) سبل السلام للصنعاني ٣/٢٩٧.
(٣٦) أخرجه مسلم في صحيحه، باب المطلقة ثلاثًا لا نفقة لها ٤/٢٠٠ برقم (٣٧٨٩).
(٣٧) أخرجه مسلم في صحيحه، باب المطلقة ثلاثًا لا نفقة لها ٤/١٩٥ برقم (٣٧٧١).

بعقد الزوجية.

٥ – وللقاعدة الشرعية: «ما ثبت بالشرع مقدم على ما ثبت بالشرط»[(٣٨)].

٦– ولأنها لا تستغني عن المسكن للاستتار عن العيون، والتصرف، والاستمتاع، وحفظ المتاع[(٣٩)].

فمن حق الزوجة شرعًا أن تطلب من زوجها أن يسكنها في سكن مستقل عن أهله وغيرهم، وبخاصة إذا كان يصيبها أذى، أو ضرر منهم.

والسكن الواجب للزوجة هو المسكن الآمن المناسب لحال الزوج والزوجة يساراً وإعساراً، لقوله تعالى: ﴿أَسْكِنُوهُنَّ مِنْ حَيْثُ سَكَنتُم مِّن وُجْدِكُمْ وَلَا تُضَارُّوهُنَّ لِتُضَيِّقُوا عَلَيْهِنَّ﴾ الطلاق: ٦ بشرط ألا يقل عن غرفة ومنافعها[(٤٠)]، وقد جرى العرف منذ القدم على سكنها مع أهل الزوج، واستقلالها بغرفتها من غير نكير، فإذا اشترطت المرأة عند العقد استقلالها ببيت مستقل بجميع منافعه؛ فإن هذا الشرط جائز، ويجب الوفاء به لما يلي:

١– قول الله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾ المائدة: ١.

وجه الاستدلال: أن الله تعالى أمر المؤمنين بالوفاء بالشروط التي يشترطونها على أنفسهم، والأمر يقتضي الوجوب.

٢– ما ورد عن النبي صلى الله عليه وسلم قال: «و المسلمون على شروطهم، إلا شرطًا حرم حلالاً، أو أحل حرامًا»[(٤١)].

---

(٣٨) المنثور في القواعد للزركشي ١٣٤/٣، الوجيز في إيضاح قواعد الفقه الكلية، القاعدة(٢٣) ص٣٩٩، الفقه الإسلامي وأدلته ٦٥٤/١، نيل الأوطار للشوكاني ١٨٢/٥.

(٣٩) المغني لابن قدامة ٢٣٣/٩.

(٤٠) الهداية مع شرحها البناية ٥١٧/٥-٥١٨، حاشية ابن عابدين ٥٩٩/٣، البحر الرائق ٢١١/٤.

(٤١) أخرجه الترمذي في سننه، باب ما ذكر في الصلح بين الناس ٦٣٤/٣ برقم(١٢٥٢) وقال: هذا حديث حسن صحيح. وقال الألباني في إرواء الغليل ١٤٤/٥: صحيح.

وجه الاستدلال: فالحديث يقتضي الوفاء بالشروط التي هي من مقتضى العقد ومقاصده، كالنفقة والكسوة والسكنى وهي مستوية في وجوب الوفاء بها؛ واقتران عقد النكاح بما فيه منفعة للزوجة مما يلزم الوفاء به، ما دام لا يناقض مقتضى العقد((٤٢)).

٣- ما ورد عن عقبة عن النبي صلى الله عليه وسلم قال: «أحق ما أوفيتم من الشروط أن توفوا به ما استحللتم به الفروج»(٤٣).

وجه الاستدلال: يبين الحديث أن أحق الشروط بالوفاء الشروط المتعلقة بعقد النكاح؛ لأن أمره أحوط، وبابه أضيق(٤٤).

٤- أن فيه منفعة ومصلحة لها لا تتعارض مع الشرع، ولا تتنافى مع مقتضى العقد، ولا يترتب عليه مفسدة، فوجب الوفاء به للحاجة إليه.

وذكر الحنفية(٤٥)، والمالكية(٤٦) أنه يسكنها في دار منفردة، ليس فيها أحد من أهله، ورأى المالكية أن ذلك خاص بالشريفة(٤٧).

فقد جعل الله تعالى سكنى الزوجة حقًا من حقوقها، على أنه يشترط فيه ما يلي:

١ – أن يكون على قدر حالهما يسارًا أو إعسارًا(٤٨).

٢ – أن يكون المسكن آمنًا، بحيث تأمن على نفسها فيه، كإسكانها بين جيران صالحين(٤٩).

(٤٢) فتح الباري ٢١٨/٩، نيل الأوطار ١٤٢/٦- ١٤٣.

(٤٣)سبق تخريجه ص٨.

(٤٤)عون المعبود شرح سنن أبي داود ١٢٤/٦، نيل الأوطار ١٤٢/٦.

(٤٥) الهداية مع شرحها البناية ٥١٧/٥،بدائع الصنائع ٢٣/٤، البحر الرائق ٢١١/٤، حاشية ابن عابدين ٥٩٩/٣.

(٤٦) الشرح الكبير للدردير ٥١٢/٢، حاشية الدسوقي عليه ٥١٣/٢، مواهب الجليل ١٣/٤.

(٤٧) الشرح الكبير للدردير ٥١٢/٢- ٥١٣، حاشية الدسوقي ٥١٣/٢.

(٤٨) البحر الرائق ٢١١/٤، الشرح الكبير للدردير ٥٠٩/٢، منح الجليل ١٨٢/٤، روضة الطالبين ٥٢/٩، المغني ٢٣٣/٩.

(٤٩) بدائع الصنائع ٢٣/٤، حاشية ابن عابدين ٦٠٢/٣، البحر الرائق ٢١١/٤ ،الشرح الكبير للدردير ٥١٢/٢ – ٥١٣.

وبنـاء على هذا القول، فإذا اشترطت الزوجة على الـزوج عند العقد أن تكون في بيت مستقل، فيتعين الوفاء بهذا الشرط؛ لحديث: «المسلمون على شروطهم»، وأما إذا لم تشـترط فبحسب العرف، والعرف من أصول الشريعـة التي تبنى عليها الأحكام، والعرف جـار في بعض البلدان على إسكانها مع أهلـه دون نكير، وفي بعض البلدان الأخرى باستقلالها ببيت منفرد.

المسألة الثانية: اشتراط المرأة ألا يتزوج عليها:

لا خلاف بين الفقهاء أن عقد النكاح المقترن به مثل هذا الشرط عقد صحيح(٥٠)، وإنما الخلاف في حكم الوفاء بهذا الشرط على أقوال:

القول الأول:

إنه لا يجب الوفاء بمثل هذا الشرط، ولا ينبني عليه أي أثر في العقد فيلغى الشرط، ويصح العقد، وهو مذهب الحنفية(٥١)، والشافعية(٥٢)، وقول مالك(٥٣)، ورواية عند الحنابلة(٥٤).

أدلتهم:

١ - قـول النبـي صلى الله عليه وسلـم: «المسلمون على شروطهـم إلا شرطًا حرم

(٥٠) فتح القدير ٣/٣٥٠، البناية شرح الهداية ٤/٦٩٠، الذخيرة للقرافي ٤/٤٠٥، نهاية المحتاج ٦/٣٤٤، مجموع الفتاوى لشيخ الإسلام ابن تيمية ٣٢/١٦٤، ويوجد قول عند الشافعية حكاه النووي بأن العقد المقترن بمثل هذا الشرط باطل. انظر: روضة الطالبين ٥/٥٨٨، مغني المحتاج ٣/٢٢٦.

(٥١) فتح القدير ٣/٣٥٠، البناية شرح الهداية٤/٦٩٠، العناية شرح الهداية ٥/١٠، والعقد صحيح، والشرط فاسد. انظر: بدائع الصنائع ٢/٢٧٧، تبيين الحقائق ٢/١٤٨، البحر الرائق ٣/١٧١.

(٥٢) الأم ٥/٧٤، نهاية المحتاج ٦/٣٤٤، مغني المحتاج ٣/٢٢٦، الأشباه والنظائر للسيوطي ص٥٨٤، منهاج الطالبين ص١٠٢، شرح النووي على مسلم ٩/٢٠١ - ٢٠٢، روضة الطالبين ٥/٥٨٨، المجموع ١٦/٣٣٥.

(٥٣) ويكره اشتراطه عندهم. انظر: المدونة الكبرى ٢/١٣١، الفواكه الدواني ٢/١٤، جامع الأمهات لابن الحاجب ص١٧٢، البهجة شرح التحفة ١/٤٣٥، الكافي في فقه أهل المدينة ٢/٥٥٦، شرح ميارة ١/٢٨٠، الشرح الكبير للدردير ٢/٣١٧، شرح حدود ابن عرفة ص٣٥١، شرح الخرشي ٣/١٩٦، التاج والإكليل ٣/ ٥١٢.

(٥٤) الشرح الكبير ٧/٥٢٦، الإنصاف ٨/١٥٤، المبدع ٧/٧٣.

حلالاً، أو أحل حرامًا»[٥٥].

وجه الاستدلال:

في الحديث وجوب وفاء الإنسان بالشروط التي يلزم بها نفسه، باستثناء الشروط التي تحلل الحرام، أو تحرم الحلال، واشتراط المرأة على زوجها عدم الزواج عليها تحريم لما أحله الله له، ومنعه من حق أباحه الله له، فلا يجب عليه الوفاء به[٥٦].

نوقش هذا الاستدلال من وجوه:

الوجه الأول:

أن الحديث عام في كل شرط، ووردت أحاديث خصصت هذا العموم، مثل حديث «أحق ما أوفيتم من الشروط أن توفوا به ما استحللتم به الفروج»[٥٧]، ففيه دليل على وجوب الوفاء بالشروط التي لا تخالف مقتضى العقد، واشتراط المرأة عدم الزواج عليها لا يخالف مقتضى العقد.

الوجه الثاني:

أن مثل هذا الشرط حق للزوج، وقد تنازل عنه، وأسقطه بمحض إرادته، فيجب عليه الوفاء بما التزم به.

الوجه الثالث:

أن قولهم إن هذا الشرط يحرم الحلال، فليس كذلك؛ فإن هذا لا يحرم حلالاً، وإنما يثبت للمرأة خيار الفسخ، إن لم يف لها به[٥٨].

---

(٥٥) سبق تخريجه ص٨.

(٥٦) تبيين الحقائق ٢/١٤٨، الشرح الكبير لابن قدامة ٧/٥٢٧.

(٥٧) سبق تخريجه ص٨.

(٥٨) المبدع ٧/٧٣.

وقولهم ليس من مصلحته لا نسلم به؛ فإنه من مصلحة المرأة، وما كان من مصلحة العاقد كان من مصلحة عقده(٥٩).

٢ – ما ورد عن عائشة رضي الله عنها في حديث بريرة وفيه: أن النبي صلى الله عليه وسلم قال: «ما بال رجال يشترطون شروطًا ليست في كتاب الله، ما كان من شرط ليس في كتاب الله فهو باطل، وإن كان مائة شرط، قضاء الله أحق، وشرط الله أوثق، وإنما الولاء لمن أعتق»(٦٠).

وجه الاستدلال:

أن هذا الشرط ليس في كتاب الله؛ بل الذي في كتاب الله إباحة التعدد، قال تعالى: ﴿فَٱنكِحُواْ مَا طَابَ لَكُم مِّنَ ٱلنِّسَآءِ مَثۡنَىٰ وَثُلَٰثَ وَرُبَٰعَ﴾ النساء: ٣، والتعدد محل إجماع، واشتراط ما ينافي ذلك مردود لقوله تعالى: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ لَا تُحَرِّمُواْ طَيِّبَٰتِ مَآ أَحَلَّ ٱللَّهُ لَكُمۡ﴾ المائدة: ٨٧، وقوله تعالى: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلنَّبِيُّ لِمَ تُحَرِّمُ مَآ أَحَلَّ ٱللَّهُ لَكَۖ تَبۡتَغِي مَرۡضَاتَ أَزۡوَٰجِكَۚ وَٱللَّهُ غَفُورٞ رَّحِيمٞ ١﴾ التحريم: ١، وهو شرط ليس في كتاب الله، وقد قال النبي صلى الله عليه وسلم: «كل شرط ليس في كتاب الله فهو باطل، وإن كان مائة شرط»، فأبطل النبي صلى الله عليه وسلم كل شرط خالف الشرع، وليس في حكم الله وقضائه في كتابه، وسنة رسول الله صلى الله عليه وسلم(٦١)، واشتراط عدم الزواج مخالف للشرع؛ لأن الشارع أباحه، و مثل هذا الشرط ليس هو من مقتضى العقد، فلا يجب الوفاء به(٦٢)، فهو شرط ليس في كتاب الله؛ لأن الشرع لا يقتضيه(٦٣).

(٥٩) المغني ٤٤٨/٧، الشرح الكبير لابن قدامة ٥٢٦/٧، مطالب أولي النهى ١٢١/٥، كشاف القناع ٩١/٥، فقه السنة ٥١/٢.
(٦٠) سبق تخريجه ص٩.
(٦١) التمهيد لما في الموطأ من المعاني والأسانيد لابن عبد البر ١٨٦/٢٢.
(٦٢) فتح الباري ٢١٨/٩، سبل السلام للصنعاني ٢٦٥/٣.
(٦٣) المغني ٤٤٨/٧، الشرح الكبير ٥٢٦/٧، مطالب أولي النهى ٥/ ١٢١، كشاف القناع ٩١/٥.

نوقش هذا الاستدلال من وجهين:

الوجه الأول: بأن هذا الشرط ليس فيه مخالفة لمقتضى العقد، ولا مخالفة للشرع، وقد رضي الزوج بإسقاط حقه فيما هو مأذون فيه، فوجب عليه الوفاء بهذا الشرط، ومعنى "كل شرط" الوارد في الحديث أي ليس في حكم الله وشرعه، وهذا الشرط مشروع للأدلة على ذلك، ومن نفى مشروعيته فعليه الدليل[٦٤].

الوجه الثاني: بأن المقصود كل شرط مخالف لما في الكتاب والسنة، وليس المراد كل شرط ليس موجودًا في الكتاب والسنة؛ لأن هناك شروطًا غير موجودة في الكتاب والسنة، وهي صحيحة بالإجماع.

الوجه الثالث: أن المراد كل شرط ليس في كتاب الله، بمعنى أن نفيه وإنكاره ورده وارد في كتاب الله فهو باطل[٦٥].

٣- إن هذا الشرط باطل؛ لأنه مناقض للعقد، ولم يرد به شرع، أو يجري به عرف، والعقد صحيح؛ لأن فيه منفعة لأحد العاقدين، والعقد ليس فيه معاوضة مالية[٦٦].

ويناقش بما نوقش به الاستدلال الثاني.

٤- أن عقد النكاح يحقق مصلحة لكلا الزوجين، ولا يجوز لواحد منهما أن ينتقص من المصلحة التي يثبتها العقد لأحدهما، واشتراط الزوجة في عقد الزواج أن لا يتزوج عليها ينتقص من الحق الذي يثبته العقد للزوج، فلا يجب الوفاء به[٦٧].

---

(٦٤) المغني ٧/٤٤٨، الشرح الكبير ٧/٥٢٦، كشاف القناع ٥/٩١، مطالب أولي النهى ٥/١٢٠، المبدع ٧/٧٣.

(٦٥) القواعد النورانية ص ٢٠٤، ٢٠٧.

(٦٦) الوجيز لمحمد سلام مدكور ص٢٤٠.

(٦٧) حقوق المرأة في الزواج للغروي ص٤٢.

نوقش:

بأن مثل هذا الشرط يحقق منفعة، ومصلحة للمرأة(٦٨)، ولا ينتقص من حق الزوج؛ لأنه أسقط هذا الحق باختياره.

٥ – أن فيه منع الزوج عن أمر مشروع(٦٩).

يمكن أن يناقش:

بأن هذا ليس منعًا من حقه المشروع، فلا يحرم حلالاً، وإنما يقيد سلطة الزوج في الزواج بأخرى، وقد رضي بذلك بموافقته على هذا الشرط، فيثبت للمرأة خيار الفسخ إن لم يف لها به.

كما أن التعدد مباح، واشتراط الزوجة عدم الزواج بأخرى مباح، ولا تعارض بين المباحين، ولا يُعدُّ تحريمًا للحلال، وإنما هو اختيار لترك الحلال إلى حلال آخر، وهذا جائز في حد ذاته.

٦ – أن هذا الشرط ليس من مصلحة العقد، ولا مقتضاه.

نوقش:

أن هذا غير صحيح وممنوع؛ فإن في هذا الشرط مصلحة للمرأة، وما كان فيه مصلحة للعاقد كان من مصلحة العقد كاشتراط الرهن في البيع(٧٠).

٧ – ما ورد عن عمر وعلي رضي الله عنهما أنهما قالا: إن هذا الشرط لاغ، وقد رفع إلى عمر بن الخطاب امرأة اشترطت على بعلها، واشترط أهلها أن لا تخرج معه، فلما

(٦٨) كشاف القناع ٩١/٥.
(٦٩) البناية شرح الهداية ٦٩٠/٤، العناية شرح الهداية ١٠/٥، الأم للشافعي ٧٤/٥.
(٧٠) كشاف القناع ٩١/٥، المغني ٤٤٨/٧، الشرح الكبير ٥٢٧/٧، مطالب أولي النهى ١٢١/٥، فقه السنة ٥١/٢.

اشترطــت هذا الشرط، قال عمر رضي الله عنه: المرأة مع زوجها[٧١]. أي يخرج بها إلى حيث شاء.

وأثــر عن علي رضي الله عنه أنه رفعت إليه قضية في اشتراط امرأة لمثل هذا الشرط، فقال رضي الله عنه: سبق شرط الله شرطها[٧٢].

أي أن الله جعــل الرجل قائمًــا على المرأة، وهذا الشرط جاء تبعًــا، فلا تأثير له، لأن الأصل أن تكون تبعًا لزوجها، ومثله إذا اشترطت أن لا يتزوج عليها؛ فإن الله فصل هذا الأمر، وأحله وأباحه[٧٣].

٨ – أن الآثار والنتائج المترتبة على اشتراط عدم الزواج من أخرى أضرارها عظيمة؛ لأن الــزوج إن احتاج للــزواج وإعفاف نفسه لكبر زوجته، أو مرضهــا مثلاً؛ فإن هذا الشرط يلزمه، ويكون للزوجة الخيــار، وحينئذ إن بقي معها خشي على نفسه الوقوع في الحــرام، وإن تزوج كان من حقها أن تفسخ نكاحهــا فتطلق منه، وتتشتت الأسرة، فلذلك هو شرط يعارض شرع الله، فلا يعتد به، ولا يلزم الوفاء به[٧٤].

القول الثاني:

استحباب الوفاء بهذا الشرط، وليس بلازم، وهو ظاهر كلام الإمام أحمد في رواية ابنه عبد الله، وصرح به أصحابه[٧٥].

---

(٧١) قال الألباني في إرواء الغليل ٦/٣٠٣: "أخرجه البيهقي وإسناده صحيح"، وجوده الحافظ في الفتح ٩/٢١٨، وقال البيهقي: "هذه الرواية أشبه بالكتاب والسنة، وقول غيره من الصحابة"، وقال المباركفوري في تحفة الأحوذي ٤/٢٣٢: "إسناد جيد".

وانظر: نيل الأوطار للشوكاني ٦/١٤٣.

(٧٢) ذكره المباركفوري في تحفة الأحوذي ٤/٢٣٢، والشوكاني في نيل الأوطار ٦/١٤٣.

(٧٣) شرح عمدة الفقه للشنقيطي ٦/٣٤٢.

(٧٤) شرح عمدة الفقه للشنقيطي ٦/٣٤٦.

(٧٥) الإنصاف ٨/١١٧، الإقناع في فقه الإمام أحمد ٣/١٩٠، كشاف القناع ٥/٩١.

واستدلوا بما يلي:

١ - بقوله تعالى: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ أَوۡفُواْ بِٱلۡعُقُودِ﴾المائدة: ١.

وجه الاستدلال: أن الله تعالى أمر بالوفاء بالعهود، والعقود التي يشترطها المرء على نفسه، ومن ذلك الشروط في عقد النكاح؛ ولما في هذا الشرط من المنفعة والمصلحة قلنا باستحباب الوفاء بها(٧٦).

٢ - عن عقبة عن النبي صلى الله عليه وسلم قال: «أحق ما أوفيتم من الشروط أن توفوا به ما استحللتم به الفروج»(٧٧).

وجه الاستدلال: في الحديث حث على الوفاء بالشروط التي يشترطها الإنسان على نفسه، ولما كان اشتراط هذا الشرط فيه منفعة للزوجة، قلنا باستحباب الوفاء به(٧٨).

فالحديث علّق الشروط بالوفاء بها، وهو دليل على أنه لا يحكم بها عليه، وأن ذلك مصروف إلى الاستحباب(٧٩).

٣ - أن اقتران عقد النكاح بمثل هذا الشرط فيه تحجير على الزوج، وتضييق عليه، وكثيرا ما يؤدي إلى الخصام وعدم استقرار الحياة الزوجية؛ ولا يفسد العقد بسببه فيستحب للزوج الوفاء به ولا يجب(٨٠).

٤ - أنه لو وجب على الزوج الوفاء بهذا الشرط لأُجبر الزوج على الوفاء به؛ ولم يجبره عمر رضي الله عنه، بل قال: لها شرطها(٨١).

(٧٦) تفسير القرآن العظيم لابن كثير ٢/ ٦.
(٧٧) سبق تخريجه ص٨.
(٧٨) سبل السلام ٣/ ٢٦٥.
(٧٩) الفقه المالكي وأدلته للطاهر ٣/ ٢٣٨.
(٨٠) مدونة الفقه المالكي وأدلته للغرياني ٢/ ٥٢١.
(٨١) كشاف القناع ٥/ ٩١، مطالب أولى النهى ٥/ ١٢١.

القول الثالث:

وجــوب الوفاء بهذا الشرط، وصحة الشرط ولزومه، فإن خالف وتزوج، فللزوجة فسخ النكاح.

وبه قال عمر بن الخطاب، وسعد بن أبي وقاص، ومعاوية، وعمرو بن العاص، وعمر بن عبد العزيز، وجابر بن زيد، وطاووس، والأوزاعي، والليـث، إسحاق(٨٢)، و قول ابن شهاب من المالكية(٨٣)، ومـذهب الحـنابلة(٨٤)، هـو من المـفردات عنـدهم(٨٥)، وهـو اختيــار ابـن تيمية، وتلاميــذه(٨٦)، والشيخ ابن باز(٨٧)، والشيــخ صالح الفوزان(٨٨)، وابن جبرين(٨٩).

واستدلوا بما يلي:

عموم الأدلة في الأمر بالوفاء بالعقود والعهود(٩٠)، ومنها:

١ – قول الله تعالى: ﴿يَـٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ أَوۡفُواْ بِٱلۡعُقُودِ﴾المائدة: ١.

وجــه الاستدلال: فالله تعالى أمــر بالوفاء بالشروط التــي يشترطونها على أنفسهم،

---

(٨٢) التمهيد ١٨/١٦٨- ١٦٩، المغني ٧/٤٤٨، الشرح الكبير ٧/٥٢٦، فتح الباري ٩/٢١٨، فقه السنة٢/٥١، نيل الأوطار ٦/١٤٣.

(٨٣) البيان والتحصيل ٤/٤٣٤، ٤٣٦، شرح ميارة ١/٢٨٠، شرح خليل للخرشي ١١/٣٤٠، مدونة الفقه المالكي الغرياني ٢/٥٢١.

(٨٤) العدة شرح العمدة ٢/٢٦، المغني ٧/٤٤٨، الشرح الكبير ٧/٥٢٦، الفروع ٨/٢٦٠، مطالب أولي النهى ٥/١٢٠، الإنصاف ٨/١١٥، ١١٧، كشف المخدرات والرياض الزهرات ٢/٥٩٧، المبدع ٧/٧٣، كشاف القناع ٥/٩١.

(٨٥) الإنصاف ٨/١١٥.

(٨٦) مجموع الفتاوى ٣٢/١٦٤، الفتاوى الكبرى ٥/٤٦١، زاد المعاده/١٠٦، الإنصاف ٨/١١٥.

(٨٧) فتوى اللجنة الدائمة رقم (١٨٠٠٤)و(٧٣٤١).

(٨٨) رابط الفتوى له بذلك رابط صوتي ،انظر: موقع الشيخ - www.alfawzan.wsalfawzanfata...p pageid=5421

(٨٩) انظر موقع الشيخwww.ibn-jebreen.com

(٩٠) المبدع ٧/٧٣.

والأمـر يقتضي الوجـوب، وبالتالي فاشتراط المـرأة مثل هذه الشـروط بمثابة العهود والعقود التي يجب الوفاء بها، ما دامت لا تناقض الشرع[٩١].

٢ – ما ورد عن النبي صلى الله عليه وسلم قال: «المسلمون على شروطهم، إلا شرطًا حرم حلالاً، أو أحل حرامًا»[٩٢].

وجـه الاستدلال: في الحديث دليل على أن من شرط على نفسه شرطًا فيلزمه الوفاء به، واقتران عقد النكاح بما فيه منفعة للزوجة مما يلزم الوفاء به ما دام لا يناقض مقتضى العقد[٩٣].

٣ – مـا ورد عن النبي صلـى الله عليه وسلم قال: «أحق مـا أوفيتم من الشروط أن توفوا به ما استحللتم به الفروج»[٩٤].

وجه الاستدلال:

في الحديث دلالة واضحة وصريحة في وجوب الوفاء بالشروط التي يقطعها الإنسان علـى نفسه، وأحق الشـروط بالوفاء ما كان متصلاً بعقد النـكاح، وهو ما شرط على الـزوج ترغيباً في النكاح، مالم يكن محظوراً[٩٥]، ويدخل في ذلك اشتراط المرأة على زوجها عدم الزواج عليها.

نوقش هذا الاستدلال: بـأن المقصود بالشروط التي يجب الوفاء بها ليس كل شرط اقترن بعقد الزواج، وإنما هي الشروط المتعلقة بالصداق، كأن تشترط الزوجة أن يدفع

---

(٩١) تفسير ابن كثير ٦/٢.
(٩٢) سبق تخريجه ص٨.
(٩٣) نيل الأوطار ١٤٣/٦.
(٩٤) سبق تخريجه ص٨.
(٩٥) تحفة الأحوذي ٢٣١/٤، عون المعبود شرح سنن أبي داود ١٢٤/٦.

لها مهرًا، أو تشترط زيادة فيه بما استحل به الفرج[٩٦].

يمكن أن يجاب عنه:

بأن تحديد الشروط بالشروط المتعلقة بالصداق فقط دون غيرها تحكم لا دليل عليه، فالنص عام، فمن ادّعى التخصيص فعليه الدليل.

٤ – ما ورد أن عليًا رضي الله عنه خطب بنت أبي جهل، فسمعت بذلك فاطمة رضي الله عنها، فأتت رسول الله صلى الله عليه وسلم، فقالت: إن قومك يتحدثون أنك لا تغضب لبناتك، وهذا علي ناكح ابنة أبي جهل، فقام النبي صلى الله عليه وسلم، فسمعته حين تشهد، ثم قال: «أما بعد، فإني أنكحت أبا العاص ابن الربيع، فحدثني فصدقني، وإن فاطمة بضعة مني، وإنما أكره أن يفتنوها، وإنها والله لا تجتمع بنت رسول الله وبنت عدو الله عند رجل واحد أبدًا» فترك علي الخطبة[٩٧].

وجه الاستدلال:

أن النبي صلى الله عليه وسلم كأنه قد شرط على علي بن أبي طالب رضي الله عنه أنه لا يتزوج على فاطمة، ولا يتسرى فيما يؤذيها، وإن لم يكن هذا مشترطًا في صلب العقد؛ لأن المشروط عرفًا كالمشروط لفظًا[٩٨]، فإنه لما همّ علي رضي الله عنه بمخالفة الشرط، ذكره النبي صلى الله عليه وسلم بالشرط؛ ومن المعلوم بالضرورة أنه إنما دخل على هذا الشرط، ويُعلم الناس أنه لن يتنازل عن شرطه، وخاصة أن هذا الشرط لا يحل حرامًا، ولا يحرم حلالاً، وإنما هذا الذي اختاره علي، ويجب الوفاء به[٩٩].

(٩٦) حقوق المرأة في الزواج للغروي ص٤١.

(٩٧) أخرجه مسلم في صحيحه، باب من فضائل فاطمة بنت النبي ٧/١٤١ برقم(٦٤٦٣).

(٩٨) الإنصاف ٨/١٥٧.

(٩٩) زاد المعاد ٥/١١٧– ١١٨.

نوقش هذا الاستدلال:

بأن سبب منع علي رضي الله عنه من الزواج على فاطمة رضي الله عنها هو اختياره بنـت أبي جهل دون غيرها، ولو أنه خطب غيرها لما منعه النبي صلى الله عليه وسلم من الزواج على فاطمة رضي الله عنها(١٠٠).

أجيب عن هذا:

بـأن علة المنع ليست كما قالـوا، بل هي مصرح بها في قوله صلـى الله عليه وسلم: «ويؤذينـي ما آذاهـا»، فيتأذى النبي صلى الله عليه وسلـم، فيهلك من آذاه، فنهى عن ذلـك لكمال شفقته على علي وعلـى فاطمة، وقوله: «وإني أكـره أن يسوءها» فيه أنه عليه الصلاة والسلام خاف عليها الفتنة بسبب الغيرة(١٠١)، كما أنه قد يحتمل أن يكون معناه أن النبي صلى الله عليه وسلم قد علم من فضل الله أنهما لا تجتمعان، كما يحتمل أن المراد تحريم جمعهما؛ لقول النبي صلى الله عليه وسلم: «لست أحرم حلالاً»، أي لا أقول شيئًا يخالف حكم الله، فالمعنى أن من جملة محرمات النكاح الجمع بين بنت نبي الله، وبنت عدو الله(١٠٢).

٥ – الإجمـاع من الصحابة: قال ابن قدامة: إنه قول من سبق من الصحابة، لا نعلم له مخالفًا في عصرهم، فكان إجماعًا(١٠٣).

٦ – أن اشـتراط المرأة في عقد النكاح أن لا يتـزوج عليها شرط لا يخالف مقتضى العقد، بل في اشتراطه مصلحة ومنفعـة للمرأة، والمقصد الشرعي متحقق مع اشتراط

---

(١٠٠) شرح النووي على صحيح مسلم ٣/١٦.

(١٠١) شرح النووي على صحيح مسلم ٣/١٦، عمدة القاري٢/٢١٢.

(١٠٢) شرح النووي على صحيح مسلم ٣/١٦.

(١٠٣) العدة شرح العمدة ٢/٢٧، المغني ٧/٤٤٨، الشرح الكبير لابن قدامه ٧/٥٢٧، مطالب أولي النهى٥/١٢٠.



هذا الشرط، فيلزم الوفاء به، كما لو شرطت عليه زيادة في المهر[(١٠٤)].

٧ – أن في موافقة الزوج على هذا الشرط إسقاط لحقه في الزواج بأخرى، ويجوز أن يتنازل الزوج عن حق من حقوقه عند عقد النكاح.

٨ – أن الشارع حرم على الإنسان مال غيره، إلا عن تراضٍ منه، ولاشك أن المرأة لم ترض ببذل فرجها إلا بهذا الشرط، وشأن الفرج أعظم من المال، فإذا حرم المال إلا بالتراضي، فالفرج أولى[(١٠٥)].

٩ – أن المرأة قد تشترط هذا الشرط، كأن تكون شديدة الغيرة، فتخشى أن تضيع حق بعلها، فمن حقها أن تشترط هذا، ويجب على الزوج أن يفي به[(١٠٦)].

١٠- أن اشتراط عدم الزواج عليها من الشروط في النكاح، ويجب الوفاء بها، وهي أحق أن توفى، وهذا مقتضى الشرع والعقل والقياس الصحيح، فإن المرأة لم ترض ببذل بضعها للزوج إلا على هذا الشرط ولو لم يجب الوفاء به لم يكن العقد عن تراض، وكان إلزامًا بما لم تلتزمه، وبمالم يلزمها الله تعالى به ورسوله، فلا نص فيه ولا قياس[(١٠٧)].

سبب الخلاف:

معارضة العموم للخصوص:

فقد وردت نصوص عامة، مثل: قوله صلى الله عليه وسلم: «ما بال رجال يشترطون شروطًا ليست في كتاب الله، ما كان من شرط ليس في كتاب الله فهو باطل، وإن كان مائة شرط، قضاء الله أحق، وشرط الله أوثق»، ونصوص خاصة، كقوله صلى الله

(١٠٤) المغني ٧/٤٤٨، كشاف القناع ٥/٩١، الشرح الكبير لابن قدامة ٧/٥٢٧، مطالب أولي النهي ٥/١٢٠.

(١٠٥) المبدع ٧/٧٣.

(١٠٦) شرح عمدة الفقه للشنقيطي ٦/٣٤٣.

(١٠٧) إعلام الموقعين ٣/٣٤٤.



عليه وسلم: «أحق ما أوفيتم من الشروط أن توفوا به ما استحللتم به الفروج»، وأوّل كل فريق هذه النصوص تأويلاً يحقق ما ذهبوا إليه. والحديثان صحيحان أخرجهما البخاري ومسلم، إلا أن المشهور عند الأصوليين القضاء بالخصوص على العموم، وهو "لزوم الشروط"(١٠٨).

الراجح، ووجه الترجيح:

يترجح، والله تعالى أعلم، القول بوجوب الوفاء بهذا الشرط؛ لما فيه من منفعة ومصلحة للزوجة، ولعدم مخالفته لمقتضى العقد، وإنما ترجح هذا القول لقوة أدلته ووجاهتها، وعدم مخالفة هذا الشرط لمقتضى العقد؛ بل فيه منفعة ومصلحة مقصودة للزوجة، كما أن الزوج قد تنازل عن حقوقه بإرادته، والمرأة شرطت ما فيه مصلحة لها، ودفع ضرر عنها، وهو أن لا يشاركها في زوجها أحد.

ما يترتب على الإخلال بهذا الشرط:

إذا اشترطت المرأة ألا يتزوج عليها، ثم تزوج الرجل، وعقد على امرأة أخرى؛ فإن العقد الثاني يصح، و يكون للزوجة الأولى حق الفسخ(١٠٩).

قال ابن قدامة: "وإن لم يف بها فلها فسخ النكاح؛ لقول رسول الله صلى الله عليه وسلم: «إن أحق الشروط أن توفوا به ما استحللتم به الفروج»؛ لأنه شرط لازم في عقد، فيثبت حق الفسخ بفواته، كشرط الرهن في البيع، أو صفة في المبيع"(١١٠).

(١٠٨) بداية المجتهد ونهاية المقتصد ٢/٥٩.

(١٠٩) انظر: الأحوال الشخصية لمحمد أبو زهرة ص١٥٩، وذكر الشيخ الدكتور حسن أبوغدة أن للمرأة حق رفع أمرها إلى الحاكم وإصرارها على منع زوجها من الزواج عليه؛ فإن لم تفعل كان لها فسخ النكاح؛ لما في الفسخ من ضرر ظاهر عليها، أكثر مما يقع على الزوج، وذكر الشواهد على ذلك. انظر: حق المرأة في اشتراط عدم الزواج عليها ص٦١-٦٦.

(١١٠) العدة شرح العمدة ٢/٢٧، كشاف القناع ٥/٩١، المبدع ٧/٧٣، المغني ٧/٤٤٨، الشرح الكبير ٧/٥٢٧، كشف المخدرات ٢/٥٩٧، المفصل في أحكام المرأة ٦/٢٩٢.

وسئل شيخ الإسلام ابن تيمية عن رجل تزوج بامـرأة، وشرطت عليه أن لا يتزوج عليها، ولا ينقلها من منزلها، وأن تكون عند أمها، فدخل على ذلك، فهل يلزمه الوفاء، وإذا خالف هذه الشروط، فهل للزوجة الفسخ أم لا؟

فأجاب: "نعم تصح هذه الشروط وما في معناها في مذهب الإمام أحمد، وغيره من الصحابة والتابعين كعمر بن الخطاب، وعمرو بن العاص، وشريح القاضي، والأوزاعي وإسحاق، ومذهب مالك إذا شرط لها إذا تزوج عليها أو تسرى أن يكون أمرها بيدها، أو رأيهـا، ونحو ذلك صح هذا الشرط أيضًا، وملكـت المرأة الفرقة به، وهو في المعنى نحـو مذهب أحمد، وذلك لما خرجاه في الصحيحـين عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال: «إن أحق الشروط أن توفوا به ما استحللتم به الفروج»، وقال عمر بن الخطاب: «مقاطع الحقوق عند الشروط»، فجعل النبي صلى الله عليه وسلم ما تستحل به الفروج من الشروط أحق بالوفاء من غيرها"(١١١).

المسألة الثالثة: اشتراط المرأة أن لا يخرجها من بلدها أو دارها، وأن لا يسافر بها

الخلاف في هذه المسألة كالخلاف في المسألة السابقة، والأدلة ذاتها، ويضاف إلى أدلة القـول الثالث القائلون بوجوب الوفاء بمثل هـذه الشروط دليل نص في هذه المسألة، وهو:

مـا ورد أن رجلاً تزوج امرأة، وشرط لها دارها، ثـم أراد نقلها، فخاصموه إلى عمر بن الخطاب رضي الله عنه، فقال عمر: (لها شرطها، مقاطع الحقوق عند الشروط)(١١٢).

(١١١) مجموع الفتاوى ٣٢/١٦٤.

(١١٢) أخرجه البخاري معلقًا بصيغة الجزم في صحيحه، كتاب النكاح، باب الشروط في النكاح ٥/١٩٧٨، وقال الألباني صحيح، انظر: إرواء الغليل ٦/٣٠٣.

ووجه الاستدلال:

أن عمر رضي الله عنه حكم للمرأة بوجوب الوفاء بشرطها المقترن بعقد النكاح، ولم ينكر عليه أحد من الصحابة(١١٣).

ونوقش: بأن الروايات قد تضادت عن عمر رضي الله عنه في ذلك، فقد ورد أن رجلاً تزوج امرأة، فشرط أن لا يخرجها من دارها، فارتفعوا إلى عمر، فوضع الشرط، وقال: المرأة مع زوجها(١١٤). وورد عن علي رضي الله عنه أنه قال: سبق شرط الله شرطها(١١٥).

أجيب عنه: بأنه إذا تضادت الروايات، ولم يكن مرجح بينهما، ولا نص في المسألة فإننا ننظر إلى مقاصد الشرع في مراعاة أحوال الناس ومنافعهم؛ وقد قرر شيخ الإسلام أنه إذا كان الشرط منافيًا للمقصود الأصلي من العقد، كان مخالفًا لله ورسوله صلى الله عليه وسلم، وكان مبطلاً للعقد، أما إذا لم يتضمن ذلك فلا وجه لتحريمه، أو عدم إجازته؛ لأنه عمل مقصود للناس يحتاجون إليه، إذ لولا حاجتهم إليه ما فعلوه، ولم يثبت أنه محرم، فيباح(١١٦).

الراجح ووجه الترجيح:

يترجح، والله تعالى أعلم، القول بوجوب الوفاء إذا اشترطت المرأة على زوجها ألا يخرجها من بلدها أو دارها، أو ألا يسافر بها لقوة أدلته ووجاهتها؛ ولأن مثل هذا الشرط ليس فيه مخالفة لمقتضى العقد، بل هو اشتراط مصلحة مقصودة للمرأة؛ حيث إن في إخراجها من دارها، أو بلدها إضرار بها، ومن حقها دفع الضرر عنها باشتراطها

---

(١١٣) المغني لابن قدامة ٧/٤٤٨.
(١١٤) سبق تخريجه ص١٩.
(١١٥) سبق تخريجه ص١٩.
(١١٦) القواعد النورانية ص٢٠٤، ٢٠٧.

هذا الشرط.

يقول ابن عثيمين -رحمه الله-: "الغريب أن فقهاء المذهب رحمهم الله يرون أن الوفاء بالشروط في عقد النكاح سنة، وليس بواجب حتى فيمن لا يملك الفسخ، ولكن هذا القول ضعيف ومخالف لقول الرسول عليه الصلاة والسلام الثابت عنه في الصحيحين: «إن أحق الشروط أن توفوا به ما استحللتم به الفروج»(١١٧)، فالصواب أنه يجب على الزوج والزوجة، وعلى كل من شُرط عليه شرط أن يفي به استنادًا إلى الآيات التي أشرنا إليها، وإلى هذا الحديث الصحيح، ومن الغريب أن نوجب الوفاء بالشرط في عقد على بيع لا يساوي خمسة دراهم، ولا نوجب الوفاء بالشرط في عقد يكون العوض فيه الزوجة التي هل محل الحرث والعوض الذي أعطيته خمسون ألف"(١١٨).

الأثر المترتب على هذا الشرط في العقد:

إذا اشترطت المرأة على زوجها ألا تخرج من بيتها، فلها ألا تنتقل إلى منزله، وتستحق كل حقوقها في العقد مع امتناعها عن الانتقال، لأن امتناعها بحق شرعي لها(١١٩).

المسألة الرابعة: اشتراط المرأة إكمال دراستها:

اشتراط المرأة إكمال دراستها فيه منفعة ومصلحة لها؛ حيث ترفع الجهل عن نفسها، وتساهم في تعليم بنات جنسها، وقد تحصل بهذه الشهادة على عمل، ويكون لها مصدر دخل مالي خاص بها.

ولكون التعليم في بلادنا بدون مقابل؛ فإن الذي يترتب على هذا الشرط خروج

---

(١١٧) سبق تخريجه ص٨.

(١١٨) الشرح الممتع ١٢/١٦٥.

(١١٩) مطالب أولي النهى ٥/٢٥٨، الأحوال الشخصية لمحمد أبو زهرة ص١٥٩.

المرأة من بيتها، وتفويت حق الزوج في القرار ببيت الزوجية، والقيام بشؤون الزوج والبيت ورعاية الأطفال، فمثل هذا الشرط جائز اشتراطه للمرأة؛ لكونه لا يؤثر في عقد النكاح.

فإذا قبل الزوج بهذا الشرط، فقد أذن بالخروج، وتنازل عن حقه في قرارها في البيت، فيجب عليه الوفاء بذلك الشرط للأدلة التالية:

١ - قوله تعالى: ﴿ وَأَوۡفُواْ بِعَهۡدِ ٱللَّهِ إِذَا عَٰهَدتُّمۡ وَلَا تَنقُضُواْ ٱلۡأَيۡمَٰنَ بَعۡدَ تَوۡكِيدِهَا ﴾ النحل: ٩١.

٢ - قوله تعالى: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ أَوۡفُواْ بِٱلۡعُقُودِ ﴾المائدة: ١.

وجه الاستدلال منهما:

فأمر الله تعالى بالوفاء بالعهد الذي يلزم الإنسان به نفسه، فالزوج بقبوله لهذا الشرط وجب عليه، ولزمه الوفاء به.

٣ - قوله تعالى: ﴿ ٱلَّذِينَ يُوفُونَ بِعَهۡدِ ٱللَّهِ وَلَا يَنقُضُونَ ٱلۡمِيثَٰقَ ﴿٢٠﴾ ﴾الرعد: ٢٠.

وجه الاستدلال:

فقد ذكر الله تعالى من صفات المؤمنين الوفاء بالعهد، وعدم نقض الميثاق، وشرط المرأة إكمالها للتعليم بمثابة العهد الذي ألزم الزوج نفسه به، والميثاق الذي وافق على الوفاء به، فوجب عليه الالتزام به.

٤ - ما ورد عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال: «إذا استأذنت امرأة أحدكم إلى المسجد فلا يمنعها»[١٢٠].

(١٢٠) أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب النكاح، باب استئذان المرأة زوجها في الخروج إلى المسجد ٥/٢٠٠٧ برقم (٤٩٤٠).

وجه الاستدلال:

حث النبي صلى الله عليه وسلم الأزواج على عدم منع زوجاتهم من المساجد[١٢١]، وقد كانت أماكن للصلوات، وطلب العلم، وعليه فلا مانع شرعي يمنع من خروجها لطلب العلم، فيجوز لها اشتراط إكمال تعليمها، وإذا قبل الزوج لزمه الوفاء به.

٥ – ما ورد عن النبي صلى الله عليه وسلم قال: «أحق ما أوفيتم من الشروط أن توفوا به ما استحللتم به الفروج»[١٢٢].

وجه الاستدلال: الحديث فيه حث على الوفاء بالشروط التي يشترطها الإنسان على نفسه، وأحق الشروط بالوفاء الشروط المقترنة بعقد الزواج[١٢٣]، فإذا قبل الزوج شرط إكمال الدراسة، وجب عليه الوفاء به.

٦ – ما ورد عن النبي صلى الله عليه وسلم قال: «والصلح جائز بين المسلمين، إلا صلحًا حرم حلالاً، أو أحل حرامًا، والمسلمون على شروطهم، إلا شرطًا حرم حلالاً، أو أحل حرامًا»[١٢٤].

وجه الاستدلال: في الحديث دليل على وجوب الوفاء بالشروط التي يشترطها الإنسان على نفسه، إذا كانت لا تُخالف الشرع؛ بأن كانت لا تحل حرامًا، ولا تحرم حلالاً[١٢٥]، واشتراط المرأة في عقد الزواج إكمال دراستها جائز لا محذور شرعي فيه، فيجب الوفاء به.

٧ – ما ورد عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال: «آية المنافق ثلاث: إذا حدث

(١٢١) فتح الباري ٤٠٨/٤، الحاوي الكبير للماوردي ٥٨٥/٩.

(١٢٢) سبق تخريجه ص٨.

(١٢٣) عون المعبود شرح سنن أبي داود ١٢٤/٦.

(١٢٤) سبق تخريجه ص٨.

(١٢٥) نيل الأوطار للشوكاني ١٤٣/٦.

كذب، وإذا وعد أخلف، وإذا ائتمن خان»[(١٢٦)].

فالحديث يدل على أن هذه الخصال خصال نفاق، وصاحبها شبيه بالمنافقين في هذه الخصال، ومتخلق بأخلاقهم، ومن صفات المنافقين خلف الوعد[(١٢٧)]، والزوج إذا قبل شرط المرأة إكمال دراستها، فقد ألزم نفسه بهذا الوعد، فيجب عليه الوفاء به.

٨- قول النبي صلى الله عليه وسلم: «أنكحوا الأيامى منكم، وأدوا العلائق، قيل: وما العلائق يا رسول الله؟ قال: ما تراضى عليه الأهلون، ولو قضيبًا من أراك»[(١٢٨)].

وجه الاستدلال: أمر النبي صلى الله عليه وسلم الأولياء بأداء ما اتفقوا عليه من مهر، وغير ذلك، واشتراط المرأة في عقد الزواج إكمال تعليمها مما تراضى عليه الأولياء، فيجب عليه الوفاء به.

٩ – ما ورد أن رجلاً تزوج امرأة، وشرط لها دارها، ثم أراد نقلها، فخاصموه إلى عمر ابن الخطاب رضي الله عنه، فقال عمر: "لها شرطها، مقاطع الحقوق عند الشروط"[(١٢٩)].

وجه الاستدلال: عمر رضي الله عنه حكم بين متنازعين على وجوب الوفاء بالشروط المقترنة بالعقد، فحكم بوجوب الوفاء بها، ولم ينكر أحد من الصحابة، فعليه إذا قبل الزوج بشرط إكمال المرأة تعليمها، وجب عليه الوفاء به.

١٠ – إن شرط المرأة إكمال دراستها شرط جائز لا يخالف الشرع، ولا يخالف مقتضى العقد، وفيه منفعة للزوجة؛ فلذا إذا وافق الزوج على هذا الشرط وجب عليه الوفاء به.

---

(١٢٦) أخرجه مسلم في صحيحه، كتاب الإيمان، باب بيان خصال المنافق ١/٥٦ برقم (٢٢٠).

(١٢٧) شرح النووي على صحيح مسلم ٢/٤٧.

(١٢٨) أخرجه البيهقي في سننه، كتاب الصداق ٧/٢٣٩ برقم (١٤١٥٧) وضعفه ابن التركماني في الجوهر النقي ٧/٢٣٩، وقال ابن القطان في الوهم والإيهام في كتاب الأحكام ٣/٥٠٣: "وعلة هذا الخبر ضعف راويه".

(١٢٩) أخرجه البخاري في صحيحه تعليقا، كتاب النكاح، باب الشروط في النكاح/١٩٧٨.

المسألة الخامسة: اشتراط المرأة الاستمرار في عملها، أو العمل إن وجد:

قد تكون المرأة تعمل، أو أتتها فرصة للعمل، ثم عرض لها الزواج قبل العمل، أو تريد العمل بعد الزواج؛ فهل يجوز لها أن تشترط العمل، أو الاستمرار فيه إن كانت عاملة؟ وهل يجب على الزوج الوفاء بهذا الشرط بعد قبوله؟

لاشك أن الأصل قرار المرأة في بيتها لقوله تعالى: ﴿ وَقَرْنَ فِي بُيُوتِكُنَّ وَلَا تَبَرَّجْنَ تَبَرُّجَ الْجَاهِلِيَّةِ الْأُولَى ﴾الأحزاب: ٣٣.

فالأصل عمل المرأة في بيتها برعاية زوجها، وتربية أبنائها، فإن خرجت في عمل مشروع في ذاته، ويناسبها كتعليم بنات جنسها، أو أي عمل آخر يختص بالمرأة، وتلتزم في خروجها بما أمرها الله به؛ فلا مانع منه شرعًا؛ يدل عليه حديث النبي صلى الله عليه وسلم لسودة بنت زمعة رضي الله عنها حيث قال: «قد أذن الله لكن أن تخرجن لحوائجكن»[(١٣٠)].

فجوز عليه الصلاة والسلام الخروج لقضاء الحاجة، كما أجاز للمرأة أن تخرج لزيارة والديها، فإذا كان كذلك، فما حكم اشتراط المرأة مثل هذا الشرط في عقد النكاح؟

اختلف فيه الفقهاء على ثلاثة أقوال:

القول الأول:

يجوز للمرأة في هذه الحال أن تشترط على الزوج البقاء في هذا العمل، لاسيما إذا كانت الحاجة داعية إليه؛ لعدم وجود المعيل، أو ضعف الدخل للأسرة، والشرط

(١٣٠) أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب النكاح، باب خروج النساء لحوائجهن ٥/٢٠٠٦ برقم (٤٩٣٩).
عن عائشة قالت: خرجت سودة بنت زمعة ليلاً، فرآها عمر فعرفها، فقال: إنك والله يا سودة ما تخفين علينا، فرجعت إلى النبي صلى الله عليه وسلم فذكرت ذلك له وهو في حجرتي يتعشى، وإن في يده لَعَرْقا، فأنزل الله عليه، فرفع عنه وهو يقول: «قد أذن الله لكن أن تخرجن لحوائجكن».

صحيح ولازم، يجب الوفاء به، وهو قول ابن شهاب من المالكية[131]، وقول عند الحنابلة، وهو المذهب[132].

أدلة هذا القول:

أولاً: عموم الأدلة الدالة على وجوب الوفاء بالعقود والعهود، ومنها:

١- قول الله تعالى: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ أَوۡفُواْ بِٱلۡعُقُودِ﴾ المائدة: ١.

٢- قول الله تعالى: ﴿وَأَوۡفُواْ بِعَهۡدِ ٱللَّهِ إِذَا عَٰهَدتُّمۡ وَلَا تَنقُضُواْ ٱلۡأَيۡمَٰنَ بَعۡدَ تَوۡكِيدِهَا﴾ النحل: ٩١.

٣- قول النبي صلى الله عليه وسلم: «أحق ما أوفيتم من الشروط أن توفوا به ما استحللتم به الفروج»[133].

٤- قول النبي صلى الله عليه وسلم: «المسلمون على شروطهم، إلا شرطًا حرم حلالاً، أو أحل حرامًا»[134].

٥- قول النبي صلى الله عليه وسلم: «آية المنافق ثلاث: إذا حدث كذب، وإذا وعد أخلف، وإذا أؤتمن خان»[135].

٦-قول النبي صلى الله عليه وسلم: «أنكحوا الأيامى منكم، وأدوا العلائق، قيل: وما العلائق يا رسول الله؟ قال: ما تراضى عليه الأهلون، ولو قضيبًا من أراك»[136].

فهذه الأدلة جميعًا تدل على وجوب الوفاء بالشروط التي يشترطها الإنسان على

(١٣١) البيان والتحصيل ٤/٤٣٤، ٤٣٦، شرح ميارة ١/٢٨٠، شرح الخرشي على مختصر خليل ١١/٣٤٠، مدونة الفقه المالكي وأدلته للغرياني٢/٥٢١.

(١٣٢) المغني ٧/٤٤٨، الشرح الكبير ٧/٥٢٦، الإنصاف ٨/١١٥، المبدع ٧/٧٣، زاد المعاد ٥/١٠٦.

(١٣٣) سبق تخريجه ص٨.

(١٣٤) سبق تخريجه ص٨.

(١٣٥) سبق تخريجه ص٣١.

(١٣٦) سبق تخريجه ص٣٢.

نفســه، وأحقها بالوفاء الشـروط المقترنة بعقد الزواج، والتـي لا تخالف الشرع، فما تراضى عليه الأولياء من الشروط في عقد النكاح، فيجب الوفاء به.

٧- مـا ورد أن رجلاً تزوج امرأة، وشرط لها دارها، ثـم أراد نقلها، فخاصموه إلى عمر بن الخطـاب، فقال عمر: "لها شرطها، مقاطع الحقوق عنـد الشروط"[(١٣٧)]. فعمر رضي الله عنـه حكم بين المتنازعين بوجوب الوفاء بالشروط المقترنة بعقد النكاح، ولم ينكر عليه أحد من الصحابة، فقبول الشرط التزام للنفس بالوفاء به.

ثانياً: استدلوا بأدلة عقلية، منها:

١- أن هــذا الشرط لا يخالف مقتضى العقد بالكلية، ولا المقصد الشرعي منه، وإنما تفويت لبعض مصالحه[(١٣٨)].

٢- أن هذا الشــرط يحقق مصلحة ومنفعة للمرأة، وهو خدمة المجتمع، والحصول على المال[(١٣٩)]، وغير ذلك من المصالح التي تتحقق من الالتحاق بالعمل.

٣- أن الــزوج بقبوله هذا الشرط يعلم بأنه يؤثر على بقــاء المرأة في بيت الزوجية، فهــو يؤثر على حقه في الاحتباس الكامل[(١٤٠)]، ويتعارضـ مع حقه في البقاء، والقيام برعايتــه، وتربيــة أولاده، فقبوله لذلك إسقاط بعض من حقــه، فيجب عليه الوفاء به، وعدم منعها من الخروج لمزاولة عملها.

واشتراط المرأة الاستمرار في العمل، أو العمل إن وجد من هذا القبيل.

---

(١٣٧) سبق تخريجه ص٢٨.

(١٣٨) المفصل لأحكام المرأة د. عبدالكريم زيدان ١٦٦/٧،حقوق المرأة في الشريعة الإسلامية لإبراهيم عبد الهادي النجار ص١١١.

(١٣٩) الخـروج للعمـل والخدمة تحتاج إليه بعض النساء، ويحقق عندها توازنًا نفسيًا، يشعرها بالسعادة نظير إحساسها بقيمتها في المجتمع، بقدرتها على خدمة غيرها وإسعاده.

(١٤٠) الوجيز لمحمد سلام مدكور ص١٩٣.



القول الثاني:

إن هذا الشرط فاسد، والعقد صحيح؛ و إليه ذهب الحنفية[١٤١]، والشافعية[١٤٢].

أدلة هذا القول:

الدليل الأول: قول رسول الله صلى الله عليه وسلم: «كل شرط ليس في كتاب الله فهو باطل، وإن كان مئة شرط»[١٤٣]، فكل شرط لا يقوم دليل على صحته فهو باطل ملغي؛ لأنه ليس في كتاب الله وشرعه.

الدليل الثاني: قول رسول الله صلى الله عليه وسلم: «المسلمون على شروطهم إلا شرطًا أحل حرامًا، أو حرم حلالاً...»[١٤٤]، ولو قلنا بالإلزام بالشرط من غير دليل خاص يثبته لكان الشرط محرمًا للحلال؛ إذ يمنع من حق كان للإنسان، وجعل ما لم يكن لازمًا في مرتبة الوجوب.

الدليل الثالث: أن آثار العقد من صنع الشارع صيانة لعقد الزواج عن الاضطراب، ومنعًا للناس من أن يخضعوا الحياة الزوجية لأهوائهم، فتخرج عن معناها[١٤٥].

القول الثالث:

صحة هذا الشرط مع الكراهة، ولا يلزم الوفاء به، لكن يستحب، وهذا قول المالكية[١٤٦].

---

(١٤١) البناية شرح الهداية ٤/٦٩٠، فتح القدير ٣/٣٥٠، بدائع الصنائع ٢/٢٧٧، البحر الرائق ٣/١٧١، دراسات في الأحوال الشخصية للدكتور محمد بلتاجي ص٢٥٣ – ٢٥٤.

(١٤٢) روضة الطالبين٥/٥٨٨، مغني المحتاج ٣/٢٢٦، نهاية المحتاج ٦/٣٤٤.

(١٤٣) سبق تخريجه ص٩.

(١٤٤) سبق تخريجه ص٨.

(١٤٥) الأحوال الشخصية لمحمد أبو زهرة ص١٥٨.

(١٤٦) الفواكه الدواني ٢/١٤، جامع الأمهات ص١٧٢، الشرح الكبير للدردير٢/٣١٧، مدونة الفقه المالكي وأدلته للغرياني ٢/٥٢١.

أدلة هذا القول:

يستدل لهم بعموم أدلة الأمر بالوفاء بالعقود والعهود، وحملوا الأمر فيه على الاستحباب (١٤٧).

الراجح ووجه الترجيح:

يترجح، والله تعالى أعلم، القول الأول، وهو صحة اشتراط هذا الشرط، وأن على الزوج الوفاء به، فلا يكون له منعها من العمل، ولو منعها فلا تكون ناشزاً، وتستحق النفقة عليه، لقوة أدلتهم من الكتاب والسنة والأثر، ولقوة تعليلاتهم العقلية، ومما يؤيد هذا الترجيح أنه لم يرد في النصوص الشرعية النهي عن مثل هذا الاشتراط، وإذن الزوج لها بالعمل مما يباح له فعله بدون الشرط؛ لأنه لو لم يكن مباحًا لما صح حتى بالشرط، فلما كان الأمر كذلك، صح أن تشترطه في العقد ليكون لازمًا وواجبًا(١٤٨).

وقد صدر قرار مجمع الفقه الإسلامي رقم (١٤٤) بما يلي:

-عمل الزوجة خارج البيت:

١- من المسؤوليات الأساسية للزوجة رعاية الأسرة، وتربية النشء، والعناية بجيل المستقبل، ويحق لها عند الحاجة أن تمارس خارج البيت الأعمال التي تتناسب مع طبيعتها واختصاصها بمقتضى الأعراف المقبولة شرعًا مع طبيعتها واختصاصها، بشرط الالتزام بالأحكام الدينية والآداب الشرعية، ومراعاة مسؤوليتها الأساسية.

٢- إن خروج الزوجة للعمل لا يسقط نفقتها الواجبة على الزوج المقررة شرعًا، وفق الضوابط الشرعية، مالم يتحقق في ذلك الخروج معنى النشوز المُسقط للنفقة.

-اشتراط العمل:

(١٤٧) سبق ذكرها ص٢٢، وانظر: مدونة الفقه المالكي وأدلته للغرياني٢/٥٢١.

(١٤٨) دراسات في الأحوال الشخصية للدكتور محمد بلتاجي ص٢٥٣.

١ – يجـوز للزوجـة أن تشترط في عقد الزواج أن تعمل خـارج البيت؛ فإن رضي الزوج بذلك ألزم به، ويكون الاشتراط عند العقد صراحة.

٢ – يجـوز للزوج أن يطلب من الزوجة تـرك العمل بعد إذنه به، إذا كان الترك في مصلحة الأسرة والأولاد.

٣ – لا يجـوز شرعًا ربط الإذن (أو الاشـتراط) للزوجة بالعمل خارج البيت مقابل الاشتراك في النفقات الواجبة على الزوج ابتداء، أو إعطائه جزءًا من راتبها وكسبها.

– ليس للزوج أن يُجبر الزوجة على العمل خارج البيت.

-إساءة استعمال الحق في مجال العمل:

١ – للزواج حقوق وواجبات متبادلة بين الزوجين، وهي محددة شرعًا، وينبغي أن تقـوم العلاقة بين الزوجين على العدل والتكافـل والتناصر والتراحم، والخروج عليها يعد محرمًا شرعًا.

٢ – لا يجـوز للزوج أن يسيء استعمال الحق بمنـع الزوجة من العمل، أو مطالبتها بتركه، إذا كان بقصد الإضرار، إلا إذا ترتب على ذلك مفسدة وضرر يربو على المصلحة المرتجاة منه.

٣ – ينطبـق هذا علـى الزوجة إذا قصدت من البقاء في عملهـا الإضرار بالزوج أو الأسرة، أو ترتب على عملها ضرر يربو على المصلحة المرتجاة منه(١٤٩).

ويقول الدكتور إبراهيم عبد الهادي النجار(١٥٠): ويحق للزوجة أن تخرج من منزل زوجها لأداء عملها المشروع في الأحوال التالية:

---

(١٤٩) قرارات مجمع الفقه الإسلامي المنبثق عن منظمة المؤتمر الإسلامي المنعقد في دورته السادسة عشرة بدبي (دولة الإمارات العربية المتحدة) ٣٠ صفر – ٥ ربيع الأول ١٤٢٦هـ قرار رقم ١٤٤ (١٦/٢).

(١٥٠) في كتابه حقوق المرأة في الشريعة الإسلامية ص١١١.

١ – إذا اشترطت الزوجة عليه في عقد زواجها بقاءها في العمل، أو حقها في أن تعمل وترضى بذلك.

٢ – إذا تزوجها عالمًا بعملها قبل الزواج.

٣ – إذا عملت الزوجة بعد الزواج، وقبل الدخول بها، ورضي الزوج صراحة أو ضمنًا.

٤ – إذا عملت الزوجة بعد الدخول بها، ورضي الزوج صراحة أو ضمنًا، وفي هذه الحالات جميعًا يثبت رضا الزوج الصريح أو الضمني، ولا يجوز له منع زوجته من الخروج لعملها، وإذا خرجت لا تعتبر ناشزًا، ولا تسقط نفقتها، وهذا مشروط بشرطين:

الشرط الأول: ألا تسيء استعمال حق الخروج للعمل المشروع، فإن أساءت استعماله، وتمادت في كثرة الخروج، وتهاونت في شؤون الزوجية، كان للزوج أن يطالبها بالامتناع عن العمل.

الشرط الثاني: ألا يطرأ على الأسرة ما يجعل استمرارها في العمل منافيًا لمصالحها(١٥١).

وقال الشيخ أ. د. أحمد الحجي الكردي:

"شرطك قبل العقد ببقائك في العمل هو شرط ملزم له عند بعض الفقهاء، وأخذت بذلك بعض القوانين العربية ما دام العمل مباحًا، ولا حرمة فيه، ومنع بعض الفقهاء؛ بل أكثرهم، هذا الشرط، وقال هو لغو... والزواج مع هذه الشروط صحيح"(١٥٢).

(١٥١) حقوق المرأة في الشريعة الإسلامية ص١١١.

(١٥٢) شبكة الفتاوى الشرعية، الأحوال الشخصية، اشتراط الزوجة أمورًا على زوجها في عقد نكاحها رقم (٢٣٧١٧).
www.islamic-fatwa.net

المسألة السادسة: اشتراط المرأة أن تكون العصمة بيدها:

جعل النبي صلى الله عليه وسلم الطلاق بيد الرجل، فقد ورد عنه صلى الله عليه وسلم أنه قال: «إنما الطلاق لمن أخذ بالساق»[١٥٣].

وقد جعل الإسلام الطلاق بيد الرجل؛ لأنه هو الذي دفع تكاليف الزواج المالية، وأفنى عمره في تجميعها، وهو الذي يتولى الإنفاق على بيت الزوجية، ومن غير المناسب عقلاً وشرعًا أن يظل الرجل سنين طويلة يجمع الأموال وحده لإقامة هذا البيت، وبعد إقامته بوقت قصير يكون لشريكه فيه الذي لم يتكلف شيئًا لإقامته رأي في هدمه ونقضه، من غير تحمل لهذه الأعباء[١٥٤]، وكذلك لما يتميز به الرجل من رجاحة العقل، وكونه أقدر على ضبط انفعالاته وعواطفه عند حصول النزاع بين الزوجين، كما أنه أعلم بالتبعات التي تترتب على الطلاق، فإذا اشترطت المرأة في عقد الزواج أن يكون الطلاق بيدها، أو تطلق نفسها متى شاءت، فهل يجوز لها ذلك؟ وهل يجب على الزوج الوفاء بهذا الشرط.

اختلف الفقهاء رحمهم الله في حكم اشتراط المرأة لهذا الشرط في عقد النكاح على قولين:

القول الأول:

إنه لا يجوز اشتراط المرأة أن يكون الطلاق بيدها، أو أنها تطلق نفسها متى شاءت،

---

(١٥٣) أخرجه ابن ماجة في سننه، باب طلاق العبد ١/٦٧٢ برقم (٢٠٨١)، والبيهقي في السنن الكبرى، باب ماجاء في عدد طلاق ٧/٣٧٠ برقم (١٤٩٥٦)، والدارقطني في سننه، كتاب الطلاق والخلع والإيلاء ٤/٣٧ برقم (١٠٢) وضعفه ابن حجر في التلخيص الحبير ٣/٤٧٣، والدراية في تخريج أحاديث الهداية ٢/١٩٩، وكذا ضعفه الزيلعي في نصب الراية لأحاديث الهداية ٤/ ١٦٥ لأن في إسناده ابن لهيعة، وهو ضعيف، وحسنه الألباني في إرواء الغليل ٧/١٠٨.

(١٥٤) فقه السنة الميسر للشيخ الدكتور عبدالله المطلق٣/٣٣٨.

وأن هــذا الشرط باطل، والعقد صحيح، وهذا مذهب المالكيــة، إن كان دخل بها(١٥٥)، والشافعية(١٥٦)، والحنابلة(١٥٧).

أدلة هذا القول:

الدليل الأول: قول الله تعالى: ﴿ٱلرِّجَالُ قَوَّٰمُونَ عَلَى ٱلنِّسَآءِ بِمَا فَضَّلَ ٱللَّهُ بَعۡضَهُمۡ عَلَىٰ بَعۡضٖ وَبِمَآ أَنفَقُواْ مِنۡ أَمۡوَٰلِهِمۡ﴾ النساء: ٣٤.

وجه الاستــدلال: أن الله تعالى جعل القوامة للرجال علــى النساء، بما فضله عليها، وبمــا أنفق من ماله من مهر، ونفقات أوجبها الله عليه للمــرأة في كتابه، وسنة نبيه صلى الله عليــه وسلم، فهو أفضل من المرأة في نفسه، وله الفضــل عليها والإفضال، فناسب أن يكــون قيماً عليها(١٥٨)، والطلاق فرع عن هذه القوامة بما فضل الله عز وجل الرجال برجاحــة العقل، وقوة الجسم، واشتراط الزوجة مثل هذا ينافي مفهوم القوامة، لذلك لا يصح اشتراطه، وهو شرط باطل.

الدليل الثاني: قول الله تعالى: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلنَّبِيُّ إِذَا طَلَّقۡتُمُ ٱلنِّسَآءَ فَطَلِّقُوهُنَّ لِعِدَّتِهِنَّ﴾ الطلاق: ١.

وجــه الاستدلال: فجعل الله الطــلاق بيد الرجل، واشــتراط أن الطلاق بيد الزوجة مخالف لظاهر الآية.

الدليــل الثالث: قول الرسول صلى الله عليه وسلم: «ما بال رجال يشترطون شروطًا ليســت في كتــاب الله، ما كان من شــرط ليس في كتاب الله فهو باطــل، وإن كان مائة

(١٥٥) عند المالكية أن العقد مفسوخ إن لم يكن دخل بها، وإن كان دخل بها ثبت النكاح، ولها صداق المثل، انظر: شرح حدود ابن عرفه ٣٥١/١، البيان والتحصيل ٣٧٧/٤، الشرح الكبير ٢٣٨/٢، مواهب الجليل ٨٤/٥، شرح خليل الخرشي١٩٦/٣، منح الجليل شرح مختصر خليل ٣١٣/٦، الفقه المالكي وأدلته للحبيب بن طاهر ٢٣٧/٣، مدونة الفقه المالكي للغرياني ٥٢٢/٢،.

(١٥٦) روضة الطالبين ٥٨٨/٥، مغني المحتاج ٢٧٧/٣، الحاوي الكبير ٣١٢/٥ قياسًا على البيع.

(١٥٧) الشرح الكبير لابن قدامة ٥٢٦/٧، الإنصاف ١٥٤/٨، المبدع ٧٣/٧، كشاف القناع ٩١/٥.

(١٥٨) تفسير أحكام القرآن العظيم لابن كثير ٦٠٨/١.

شرط، قضاء الله أحق، وشرط الله أوثق، وإنما الولاء لمن أعتق»[١٥٩].

وجه الاستدلال: فقد أنكر النبي صلى الله عليه وسلم على كل من اشترط في العقد ما يخالف الشرع[١٦٠]، واشتراط المرأة الطلاق بيدها يخالف ما جعله الله حقًا للرجل، فيبطل الشرط.

الدليل الثالث: من الأثر: ما ورد عن عطاء الخراساني أن عليًا وابن عباس رضي الله عنهما سئلا عن رجل تزوج امرأة، وشرطت عليه أن بيدها الفرقة والجماع، وعليها الصداق، فقالا: عميت عن السنة ووليت الأمر غير أهله، عليك الصداق، وبيدك الفراق والجماع[١٦١].

وماورد عن عطاء الخراساني أن رجلاً، نكح امرأة فأصدقته المرأة، وشرطت عليه أن بيدها الجماع والفرقة، فقيل له: خالفت السنة، ووليت الحق غير أهله، فقضى ابن عباس أن عليه الصداق، وبيده الجماع والفرقة[١٦٢].

ففي قولهما دلالة على أن الطلاق حق للزوج، وأن جعله بيد المرأة مخالفة للسنة، وبالتالي فلا يصح هذا الشرط[١٦٣].

نوقش:

بأنا نسلم أن الطلاق من حق الزوج، ولكن يجوز للإنسان أن يتنازل عن حقه، وقد تنازل الزوج عن هذا الحق بمحض إرادته، وقبل هذا الشرط، فيصح الشرط، ويلزم الزوج الوفاء به[١٦٤].

---

(١٥٩) سبق تخريجه ص٩.

(١٦٠) سبل السلام ٢١/٣، وانظر: مغني المحتاج ٢٢٦/٣- ٢٢٧.

(١٦١) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى، كتاب الطلاق، باب الشروط في النكاح ٢٥٠/٧ برقم (١٤٢٢١).

(١٦٢) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى، كتاب الصداق، باب الشروط في النكاح ٢٥٠/٧ برقم (١٤٢٢١).

(١٦٣) إعلاء السنن للتهانوي ٦٤/١١.

(١٦٤) الشروط في عقد النكاح لمازن إسماعيل هنية ص١٧٢.

الدليل الرابع: من المعقول: أن في تمليك المرأة للطلاق منع الزوج عن الأمر المشروع له، وهو الطلاق(١٦٥).

القول الثاني:

إن المرأة إذا اشترطت في العقد أن يكون الطلاق بيدها، أو أن العصمة بيدها، وأنها تطلق نفسها متى شاءت؛ فإن هذا الشرط صحيح، وإذا قبل به الزوج لزمه الوفاء، وهذا قول الحنفية(١٦٦).

أدلة هذا القول:

استدلوا بعموم الأدلة في الوفاء بالعقود والعهود من الكتاب والسنة والأثر، وبأن هذا الشرط فيه مصلحة ومنفعة للزوجة، ولا ينافي مقتضى العقد، ولا المقصود الشرعي منه فيصح.

الراجح ووجه الترجيح:

يترجح، والله تعالى أعلم، القول الأول، وذلك لمنافاة هذا الشرط لمفهوم القوامة التي

---

(١٦٥) العناية شرح الهداية ٥/ ١٠.

(١٦٦) الدر المختار ٣/٣٢٩، إعلاء السنن ١١/ ٦٤، الفتاوى الهندية ١/ ٢٧٣، واشترط الحنفية أن تكون الزوجة هي البادئة بالإيجاب، فتقول للرجل: زوجت نفسي منك على أن يكون أمري بيدي أطلق نفسي كلما أريد، فيقول لها: قبلت، فبهذا القبول يتم الزواج، ويمضى الشرط، ولو انعكس الأمر يقول الأحناف يتم الزواج، ويبطل الشرط، و(العكس) إذا بدأ الزوج فقال: تزوجتك على أن أمرك بيدك؛ فإنه يصح النكاح، ولا يكون أمرها بيدها؛ لأن التفويض وقع قبل الزواج.

وهناك فرق بين اشتراط المرأة أن يكون أمرها بيدها، بحيث تطلق نفسها متى شاءت، فهذا من الشروط الصحيحة واجبة الوفاء عند الحنفية، وعند الجمهور من المالكية والشافعية والحنابلة إلى بطلان الشرط، ويرى الشافعية والحنابلة صحة العقد، بينما يفرق المالكية بين قبل الدخول وبعده.

وبين مسألة تفويض المرأة في الطلاق، أو توكيل الزوج لها في تطليق نفسها، أو تخييرها بين نفسها وزوجها، فهذه مسألة فقهية معروفة بين العلماء، ولا خلاف في جوازها، بل هي من المسائل المجمع على جوازها، ولم يخالف فيها إلا أهل الظاهر الذين لم يجيزوا للزوج أن يفوض زوجته في تطليق نفسها، أو يوكل غيره في تطليقها.

والمسألة الأولى في الشروط في النكاح، والثانية في باب التوكيل في الطلاق.

فضل الله بها الرجل على المـرأة، كما أن المرأة سريعة الانفعال، وسريعة التصرف، كما أنهـا سريعة الندم، وفي بقاء الطلاق بيدها تدمـير للأسرة، وهو مشاهد من المشكلات الاجتماعيـة الكثيرة التي تطلب فيها الزوجة، وتلح بطلـب الطلاق، ثم بمجرد الطلاق تنـدم، ووقوع الطلاق يتعدى ضرره الزوجين، فيتضرر الأولاد، ويتشتتون، وتتفكك الأسـرة، والرجل يفكـر في عواقب الأمـور، وما يترتب على الطـلاق من مشكلات اجتماعية ومالية، فيفكر فيه مليًا قبل أن ينطق به، بخلاف المرأة، فعاطفتها تغلب عقلها، فتتأثر ثم بعد ذلك تفكر.

والشـارع الحكيم يبين للمرأة الطريـق السليم؛ فإذا ساءت حياتهـا مع الزوج، فإن الشـرع يجيز لها أن تطلب من زوجهـا أن يطلقها؛ فإن رفض وامتنع، مع سوء العشرة بينهمـا رفعت أمرها إلى القاضي الذي يجوز له أن يطلقها إذا ثبت لديه صحة دعواها، كما أن الشارع أباح لها طلب الطلاق بعوض، وهو الخلع.

سئـل الشيخ ابـن باز رحمه الله: ما حكم الشرع في بعضـ العوام من الناس عندما تكـون العصمة في يد الزوجة، أي بمعنى هي التي بيدهـا الطلاق، وليس الزوج، هل هذا جائز؟ فأجاب: "الصواب في هذا أن هذا شرط غير صحيح، لأنه خلاف ما شرع الله، وقـد صح عن رسول الله صلـى الله عليه وسلم أنه قال: «كل شرط ليس في كتاب الله فهـو باطل، وإن كان مائة شرط»، فالشروط التي تخالف شرع الله ليست صحيحة، وكونـه يشير لها أن الطلاق بيدهـا، هذا خلاف ما شرع الله، الطلاق بيد الزوج، وهذا يسبـب فسادًا كبـيرًا؛ لأنها قل أن تصبر علـى الزوج، بل عند أقل شـيء يصدر منها الطلاق، فالحاصل أن هذا لا يصح، والشرط باطل"(١٦٧).

(١٦٧) انظر: موقع الشيخ ابن باز، نور على الدرب. www.binbaz.org.sa.mat19725.

وسئل أيضاً: عن امـرأة اشترطت قبل عقد الزواج على الخاطب أن لا يطلقها، وقبل الـزوج هذا الشـرط، فهل هذا الشرط صحيح أم لا؟ وهل يحـق للمرأة أن تشترط أن تكون عقدة النكاح بيدها؟

فأجـاب رحمه الله: "هذا الشرط ليس صحيحًـا، له أن يطلقها متى شاء، والصواب لا يجـوز شرط الطلاق بيدها، ولا شرط أنه لا يطلقها إذا دعت الحاجة إلى طلاقها؛ لأن هذا الشرط غير صحيح"[(١٦٨)].

وقد سئلت اللجنة الدائمة للبحوث العلمية والإفتاء عن جواز أن تكون العصمة بيد المرأة بحيث تطلق زوجهـا؟ فأجابت: "الأصل أن الطلاق بيد الزوج، ومن يفوض إلى ذلك مـن طرف الزوج، هذا إذا كان الزوج أهلاً لصدور الطلاق منه، وأما إذا لم يكن أهـلاً؛ فإن وليه يقوم مقامه، وإذا فوض الزوج إلى زوجته أن تطلق نفسها منه، فلها أن تطلق نفسها منه مـالم يفسخ الوكالة، وأما جعل الزوج العصمة بيد الزوجة بشرط في العقـد متى شاءت طلقـت نفسها، فهذا الشرط باطل؛ لكونـه يخالف مقتضى العقد، وقال النبي صلى الله عليه وسلم: «كل شرط ليس في كتاب الله فهو باطل، وإن كان مائة شرط»"[(١٦٩)].

أثر هذا الشرط على العقد:

وبنـاءً على ما سبق: هل يجب على الزوج الوفاء بهـذا الشرط، بناء على أن العقد صحيـح[(١٧٠)]؛ إلا عند المالكية فإنهـم يفرقون بين قبل الدخول وبعـده، فقبل الدخول ينفسـخ العقد؛ لأن الشرط باطل فيبطل العقد، أمـا بعد الدخول فيصح العقد، ويبطل

(١٦٨) الموسوعة البازية في المسائل النسائية ٧١٣/٢ سؤال رقم (٦٩٠).
(١٦٩) انظر: فتاوى اللجنة الدائمة ١٠/٢٠ سؤال رقم (٥٢٤٥).
(١٧٠) الدر المختار ٣٢٩/٣، روضة الطالبين ٥٨٨/٥، كشاف القناع ٩٩/٥.

الشرط؛ لما يترتب على القول ببطلان العقد من ضرر بعد الدخول[(١٧١)].

على القول الأول لا يجب عليه الوفاء بهذا الشرط؛ لأنه شرط غير صحيح، مخالف لمقتضى الشرع.

وعلى القول الثاني يجب عليه الوفاء بهذا الشرط؛ استدلالاً بالأدلة التي ذكرناها سابقًا من الكتاب والسنة و الأثر في وجوب الوفاء بالشروط التي ألزمها الإنسان نفسه[(١٧٢)].

والصحيح: يجب على الزوج الوفاء بالشروط التي ألزمها نفسه؛ لكن بشرط أن لا تكون مخالفة لمقتضى الشرع، واشتراط المرأة الطلاق بيدها، أو أن تطلق نفسها متى شاءت مخالف لمقتضى الشرع، لما سبق ذكره من الأدلة[(١٧٣)].

المسألة السابعة: اشتراط المرأة طلاق ضرتها:

إذا اشترطت المرأة طلاق ضرتها (زوجة زوجها)، فهل هذا الشرط صحيح أم باطل؟ وهل يجب على الزوج الوفاء بهذا الشرط؟

لا خلاف بين الفقهاء الأربعة في بطلان هذا الشرط، وعدم صحته[(١٧٤)]، لنهي النبي صلى الله عليه وسلم عن ذلك في قوله: «لا يحل لامرأة تسأل طلاق أختها لتستفرغ صَحْفَتَها، فإنما لها ما قدر لها»[(١٧٥)]، وفي رواية مسلم: « ولا تسأل المرأة طلاق أختها

---

(١٧١) مدونة الفقه المالكي للغرياني ٢/٥٢٢.

(١٧٢) انظر ص٢٢.

(١٧٣) انظر ص٤٠-٤٢.

(١٧٤) المبسوط ٥/١٠٥، إعلاء السنن ١١/٦٤، الذخيرة للقرافي ٤/٤٥، مواهب الجليل ٥/٢٠٣، الأم ٥/٧٣-٧٤، روضة الطالبين ٥/٥٨٨، المغني ٧/٤٤٩، الإنصاف ٨/١١٦، نيل الأوطار ٦/١٤٢.

(١٧٥) أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب النكاح، باب الشروط التي لا تحل في النكاح ٥/١٩٧٨ برقم (٤٨٥٧)، والصفحة أي القَصْعة العريضة التي تشبع الخمسة. ومعنى لتستفرغ صحفتها أي تستولي على حظ صاحبتها، فتكون كمن استفرغ صحفة غيره، وقلب إناءه. انظر: لسان العرب ٩/١٨٦ مادة (ص ح ف)، تهذيب اللغة للأزهري ١٠/٢١٠ (صحف)، الفائق في غريب الحديث والأثر للزمخشري ٣/٢٦٦، تفسير غريب ما في الصحيحين ص١٢٧، شرح السنة للبغوي ٩/٥٥.

لتكتفئ صحفتها، ولْتنكح، فإنما لها ما كتب الله لها»[176]، وإنما الخلاف بينهم هل يؤثر هذا الشرط في بطلان العقد أم لا؟ على أقوال:

القول الأول: إذا اشترطت المرأة في عقد النكاح طلاق ضرتها، فالعقد صحيح، والشرط باطل، وهو قول الحنفية[177]، والشافعية[178]، وهو قول في مذهب الحنابلة[179]، وهو الصحيح[180]، واختاره ابن عبد البر من المالكية[181]، وذكره ابن حجر اتفاقاً[182]، وبه أفتت اللجنة الدائمة للإفتاء في المملكة العربية السعودية بأن النكاح صحيح، ولا يلزم الزوج الوفاء بالشرط؛ لأنه شرط فاسد[183].

أدلة هذا القول:

١ - ما ورد عن أبي هريرة رضي الله عنه قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: «لا يحل لامرأة تسأل طلاق أختها لتستفرغ صَحْفَتَها، فإنما لها ما قُدِّر لها»[184].

---

(١٧٦) أخرجه مسلم في صحيحه، كتاب النكاح، باب تحريم الجمع بين المرأة وعمتها، أو خالتها في النكاح ٤/١٣٦ برقم (٣٥٠٨) وتكتفئ تفتعل من كفأت القدر وغيرها، إذا أكببتها ففرغت ما فيها، أوحولت ما فيها إلى غيرها. ومن كفأ الإناء: أي قلبه ليُفرغ مافيه، ومعنى ذلك استمالة الضرة حق صاحبتها من زوجها إلى نفسها، وسعيها في إفساد حظها. انظر: لسان العرب ١/١٣٩ مادة(ك ف أ)، معجم مقاييس اللغة ٥/١٨٩ مادة(ك فء)،المغرب في ترتيب المعرب ٢/٢٢٤، تهذيب اللغة ١٠/٢١٠(كفأ)، غريب الحديث للقاسم بن سلام ٣/٣٦،الفائق في غريب الحديث والأثر ٣/٢٦٦، تفسير غريب ما في الصحيحين ص١٢٧،تحفة الأحوذي ٤/٣١٠،شرح السنة للبغوي٩/٥٥، إحكام الأحكام شرح عمدة الأحكام لابن دقيق العيد ١/٣٦٨.

(١٧٧) المبسوط ٥/١٠٥، إعلاء السنن ١١/٦٤، العناية شرح الهداية ٥/١٠، تبيين الحقائق ٢/١٤٨، بدائع الصنائع ٢/٢٧٧، البحر الرائق ٣/١٧١.

(١٧٨) روضة الطالبين ٥/٥٨٨، منهاج الطالبين ص١٠٢، معني المحتاج ٣/٢٢٦، وعند الشافعية قول ذكره النووي، وهو أن العقد المقترن بمثل هذا الشرط باطل. انظر: المراجع السابقة.

(١٧٩) المغني ٧/٤٤٩، الشرح الكبير ٧/٥٢٨، الإنصاف ٨/١١٦، المبدع ٧/٧٤، الفروع ٨/٢٦٠.

(١٨٠) الإنصاف ٨/١١٦، الشرح الكبير ٧/٥٢٨، تصحيح الفروع ٨/٢٦١

(١٨١) التمهيد لما في الموطأ من المعاني والأسانيد ١٨/١٦٥- ١٦٦.

(١٨٢) فتح الباري ٩/٢١٧.

(١٨٣) فتاوى اللجنة الدائمة المجموعة الأولى ١٨/٣٩٧، الفتوى رقم (١٨٧٢٧).

(١٨٤) سبق تخريجه ص٤٥.

وجه الاستدلال: ظاهر هذا الحديث التحريم(١٨٥)؛ لأن فيه نهي المرأة أن تسأل زوجها طلاق زوجته الثانية، أو تشترط عليه ذلك، إذا أراد الزواج بها لتستأثر به دونها، فتصير لها من نفقته ومعروفه ومعاشرته ما كان للمطلقة منه، وعبر عن ذلك بقوله: «تستفرغ صفحتها»، وقوله: «فإنما لها ما قدر لها» إشارة إلى أنها، وإن سألت ذلك، أو اشترطته؛ فإنه لا يقع من ذلك إلا ما قدره الله، فينبغي أن لا تتعرض لهذا المحظور(١٨٦)، فلايجوز لامرأة، ولا لوليها أن يشترط في عقد نكاحه طلاق غيرها(١٨٧).

ونهى النبي صلى الله عليه وسلم المرأة أن تسأل طلاق أختها، أو تشترطه مطلقًا، والنهي المطلق يدل على فساد المنهي عنه(١٨٨).

٢ – ما ورد عن النبي صلى الله عليه وسلم قال: «ما بال رجال يشترطون شروطًا ليست في كتاب الله، ما كان من شرط ليس في كتاب الله فهو باطل، وإن كان مائة شرط، قضاء الله أحق، وشرط الله أوثق، وإنما الولاء لمن أعتق»(١٨٩). فأنكر النبي صلى الله عليه وسلم على كل من شرط شرطًا يخالف ما جاءت به الشريعة الإسلامية، وهذا الحديث يقتضي في مثل هذا جواز العقود، وبطلان الشروط(١٩٠)؛ وعليه فإن اشتراط الزوجة على زوجها طلاق ضرتها شرط مردود وباطل، والعقد صحيح(١٩١).

٣ – قياس بطلان شرط طلاق الضرة على اشتراط فسخ بيعه، فكما أن اشتراط المرأة على زوجها فسخ بيعه باطل، فكذلك اشتراط طلاق ضرتها، والعلة الجامعة بينهما أن

(١٨٥) نيل الأوطار ١٤٢/٦.
(١٨٦) فتح الباري ٢١٩/٩ – ٢٢٠.
(١٨٧) مواهب الجليل ٢٠٣/٥.
(١٨٨) المغني ٤٤٩/٧، الشرح الكبير ٥٢٨/٧.
(١٨٩) سبق تخريجه ص٩.
(١٩٠) التمهيد لابن عبدالبر ١٦٦/١٨.
(١٩١) مغني المحتاج ٢٢٦/٣.

كلاً منهما فيه اشتراط لإبطال حق غيره[١٩٢].

٤- إن في اشـتراط طلاق الضرة منع الزوج عن الأمـر المشروع له، وهو استمرار نكاحه من زوجته الأخرى[١٩٣].

٥ – إن عقـد النكاح مستكمـل كافة الأركان والشروط التي تجعلـه عقدًا صحيحًا، وطـرأ عليه شرط فاسد، والعقود لا تفسد بالشروط الفاسدة لذلك يبطل الشرط وحده دون العقد[١٩٤].

٦- إن في المنـع من هذا الشرط وفساده سد لذريعـة الاختلاف والتفرق والعداوة والبغضاء بين المسلمين[١٩٥].

القول الثاني:

إن عقـد النكاح المقـترن بشرط المرأة طلاق ضرتها باطل، وهـذا قول عند الشافعية ذكره النووي[١٩٦].

واستدلوا:

أن شرط المرأة طلاق ضرتها شرط ينافي مقتضى العقد، والشرط الذي ينافي مقتضى العقد يكون باطلاً في نفسه، ويعود على العقد بالإبطال[١٩٧].

القول الثالث:

إنه إذا اشترطت المرأة في عقد النكاح طلاق ضرتها، فإنه ينفسخ العقد إذا لم يحصل

(١٩٢) المغني ٧/٤٤٩، الإنصاف ٨/١١٦، الشرح الكبير ٧/٥٢٦.
(١٩٣) العناية شرح الهداية ٥/١٠.
(١٩٤) إعلاء السنن للتهانوي ١١/٦٤.
(١٩٥) إغاثة اللهفان ١/٣٦٩.
(١٩٦) روضة الطالبين ٥/٥٨٨، مغني المحتاج ٣/٢٢٦.
(١٩٧) روضة الطالبين ٥/٥٨٨.

دخول، أما إن حصل دخول فإنه يبطل الشرط، ويصح العقد، وبهذا قال المالكية[١٩٨].

واستدلوا:

بالمعقـول: أن اشتراط المرأة في عقد الزواج طلاق ضرتها هو شرط يتنافى ومقتضى العقـد، والشرط الذي ينافي مقتضى عقد النكاح يكـون باطلاً في نفسه، ويعود على العقد بالإبطال، وما كان كذلك فهو باطل يفضي إلى بطلان العقد، وهذا قبل الدخول. ولمـا كان فسخ النـكاح بعد الدخول يلحق ضـررًا بطرفي العقد، قلنـا ببطلان الشرط وحده، وصحة العقد[١٩٩].

يمكن أن يناقش:

بـأن التفريق بين قبل الدخـول وبعده تحكم يحتاج إلى دليـل، ولا يوجد دليل على التفريق، فتبين أن الحكم واحد قبل العقد وبعده.

القول الرابع:

إن شـرط طلاق الضرة، شرط صحيح لازم، ويجـب على الزوج الوفاء به، وبهذا قـال أبو الخطاب من الحنابلـة[٢٠٠]، وقال به بعض المالكيـة[٢٠١]، وإذا لم يف الزوج به، فللمرأة الفسخ.

واستدلوا:

١ – بما ورد عن عقبة عن النبي صلى الله عليه وسلم قال: «أحق ما أوفيتم من الشروط

---

(١٩٨) الذخيرة للقرافي ٤/٤٥، الفقه المالكي وأدلته للحبيب بن طاهر ٣/٢٣٧، التمهيد لما في الموطأ من المعاني والأسانيد، ١٨/١٦٦.

(١٩٩) المراجع السابقة.

(٢٠٠) المغني ٧/٤٤٩، وقال: ولم أرَ هذا لغيره اهـ، الإنصاف ٨/١١٦، كشاف القناع ٥/٩١، المبدع ٧/٧٤ – ٨١، الفروع ٨/٢٦١، الشرح الكبير ٧/٥٢٨، كشف المخدرات ٢/٥٩٧، الإقناع في فقه الإمام أحمد ٣/١٩٠، وفيه يسن الوفاء به، ولا يجب، ومثله في الروض ص٣٤٠.

(٢٠١) الذخيرة ٤/٤١٠ وفيه أنها إذا اشترطت أمر التي يدخل بها بيدها يقع ويلزم.

أن توفوا به ما استحللتم به الفروج»[٢٠٢].

وجه الاستدلال: حث النبي صلى الله عليه وسلم على الوفاء بالشروط التي يشترطها الإنسان على نفسه، وأولى الشروط بالوفاء الشروط التي تتعلق بعقد الزواج، واشتراط الزوجة على زوجها أن يطلق ضرتها من هذا القبيل، فيجب الوفاء به[٢٠٣].

نوقش: بأن الحديث وإن كان صحيحًا؛ فإن معناه أحق الشروط أن يوفى به من الشروط الجائزة ما استحلّت به الفروج، فهو أحق ما وفى به المرء و أولى[٢٠٤]، وشرط طلاق الضرة نهى عنه النبي صلى الله عليه وسلم، والشرط إذا كان فيه مخالفة للشرع لم يلزم الزوج الوفاء به.

٢ – قياس هذا الشرط على شرط أن لا يتزوج عليها، فكما أن اشتراط المرأة على زوجها أن لا يتزوج عليها هو شرط صحيح يلزم الزوج الوفاء به، فكذلك اشتراطها طلاق ضرتها، والعلة الجامعة بينهما أن كلاً منهما فيه منفعة ومصلحة للمرأة[٢٠٥].

نوقش:

بأنه قياس مع الفارق، فاشتراط عدم الزواج بأخرى فيه مصلحة للزوجة، وعدم الإضرار بأحد؛ بخلاف اشتراط طلاق الضرة، ففيه إضرار بها، وكسر قلبها، وخراب بيتها، وشماتة أعدائها بها[٢٠٦].

٣ – أن في اشتراط طلاق الضرة منفعة ومصلحة للمرأة، وهي تفردها بزوجها؛ لذا

(٢٠٢) سبق تخريجه ص٨.

(٢٠٣) عون المعبود شرح سنن أبي داود للآبادي ١٢٤/٦.

(٢٠٤) التمهيد لابن عبد البر ١٦٨/١٨.

(٢٠٥) المغني ٤٤٩/٧، الشرح الكبير ٥٢٨/٧، المبدع ٨١/٧.

(٢٠٦) زاد المعاد ١٠٧/٥.

يلزم الزوج الوفاء به[(٢٠٧)].

يمكن أن يناقش:

بأن القول بأن فيه منفعة ومصلحة للزوجة صحيح، ولكن يقابله مفسدة تحصل للزوجة الأخرى، وهو انفصالها عن زوجها، وهي أقدم منها، وأولى برفع الضرر عنها، والقاعدة الشرعية: «الضرر لا يزال بمثله»[(٢٠٨)].

٤- أن الزوج إذا لم يف بالشرط، فللزوجة الفسخ؛ لما تقدم من قول عمر[(٢٠٩)]، ولأنه شرط لازم في عقد، فثبت الفسخ بترك الوفاء به، كالرهن، والضمين في البيع[(٢١٠)].

يمكن أن يناقش: بأن هذا الشرط نهى النبي صلى الله عليه وسلم عنه، والشرط إذا كان فيه مخالفة للشرع لم يعتد به، ولم يلزم الزوج الوفاء به.

الراجح ووجه الترجيح:

يترجح، والله تعالى أعلم، القول الأول، وهو أن عقد النكاح صحيح، والشرط باطل، وذلك لقوة أدلته، لاسيما حديث النبي صلى الله عليه وسلم، فهو نص في المسألة، ولا يقبل قياس في مقابلة النص، ولموافقة هذا القول لقواعد الشرع ومقاصده، ولمناقشة أدلة الأقوال الأخرى.

المسألة الثامنة: اشتراط المرأة العاملة أجرة عملها لها:

من المسلم به أن الشارع الحكيم أثبت للمرأة حق التملك، كما في الإرث، يقول الله تعالى: ﴿لِّلرِّجَالِ نَصِيبٌ مِّمَّا تَرَكَ ٱلْوَٰلِدَانِ وَٱلْأَقْرَبُونَ وَلِلنِّسَآءِ نَصِيبٌ مِّمَّا تَرَكَ ٱلْوَٰلِدَانِ وَٱلْأَقْرَبُونَ مِمَّا قَلَّ

---

(٢٠٧) المغني ٧/٤٤٩، المبدع ٧/٨١، كشف المخدرات ٢/٥٩٧.

(٢٠٨) الأشباه والنظائر لابن نجيم ص ٩٦، الأشباه والنظائر للسيوطي ص١٧٦، شرح القواعد الفقهية للزرقاء ص١٩٥.

(٢٠٩) سبق تخريجه ص٢٨.

(٢١٠) العدة شرح العمدة ٢/٢٧، المغني ٧/٤٤٩، الشرح الكبير ٧/٥٢٨، كشاف القناع٥/٩١، الروض المربع ص٣٤٠.

مِنْهُ أَوْ كَثُرَ نَصِيبًا مَّفْرُوضًا ﴿٧﴾ ﴾النساء: ٧ .وكذا التملك بالهبة، وأجرة العمل الذي تقوم به.

والمرأة إذا كانت عاملة قبل عقد النكاح، وفي أثناء العقد اشترطت على الزوج عدم الأخذ من مالها؛ فإن اشتراط المرأة ملكها لمالها الخاص من المسلم به؛ لأنه ملك لها، ولا يحق لأحد أخذه بدون رضاها؛ لقوله تعالى في المهر: ﴿فَإِن طِبْنَ لَكُمْ عَن شَيْءٍ مِّنْهُ نَفْسًا فَكُلُوهُ هَنِيئًا مَّرِيئًا ﴿٤﴾ ﴾النساء: ٤ ، والمهر ملك للمرأة، وقوله تعالى: ﴿وَلَا يَحِلُّ لَكُمْ أَن تَأْخُذُوا مِمَّا آتَيْتُمُوهُنَّ شَيْئًا ﴾البقرة: ٢٢٩ .

وحيث إن مال المرأة المكتسب ملك للزوجة، فليس للزوج أخذ شيء منه، بل يجب على الزوج النفقة على زوجته إجماعًا[(٢١١)] [(٢١٢)]، وهذا من محاسن الإسلام، فالزوجة بمقتضى العقد يلزمها طاعة زوجها، والقرار في بيته، وتدبير منزله، وحضانة أطفاله منها، وتمكينه من الاستمتاع بها؛ فلذلك وجب لها عليه أن يقوم بتوفير ما تحتاج إليه من الطعام، والكساء، والسكن[(٢١٣)]، ونحو ذلك[(٢١٤)]، وهذا مقتضى عقد النكاح، وأثر من آثاره المتفق عليها، فكأن الزوجة تشترط على زوجها أن ينفق عليها، فمثل هذا الشرط لا يضيف جديدًا للعقد، فبمجرد انعقاد العقد يثبت وجوب النفقة على الزوج، فلا

(٢١١) حتى لو اشترطت لأنه موافق لمقتضى العقد، وهو شرط صحيح متفق عليه بين جميع الفقهاء، انظر: الوجيز للمدخل للفقه الإسلامي، ص٢٣٨ – ٢٣٩ لمحمد سلام مدكور، والنفقة هي ما يفرض للزوجة على زوجها من مال لكسائها وطعامها ومسكنها، وما إلى ذلك من كل الأمور التي يتوقف عليه بقاؤها، وإقامة حياتها حسبما تعارفه الناس. انظر: حقوق المرأة في الشريعة الإسلامية لإبراهيم عبد الهادي النجار ص١٠٦.

(٢١٢) بدائع الصنائع ١٥/٤، البناية شرح الهداية ٤٨٩/٥، حاشية ابن عابدين ٥٩٩/٣، البحر الرائق ١٨٨/٤، تبيين الحقائق ٥٠/٣، الفتاوى الهنديه ٥٤٤/١، بداية المجتهد ٥٤/٢- ٥٥، الشرح الكبير للدردير ٥٠٨/٢، شرح الخرشي على خليل ١٥٢/٤- ١٥٣، البيان والتحصيل ٣٧٧/٤، شرح حدود ابن عرفه ٣٥١/١، حاشية الدسوقي ٥٠٨/٢، التاج والإكليل ١٨١/٤ – ١٨٢، الفقه المالكي وأدلته للحبيب طاهر ٢٣٨/٣، الأم ٢٣٧/٥، المهذب ١٦٠/٢، الحاوي الكبير ٥٢٤/١٥، المغني ٢٣٠/٩، الإنصاف ٣٧٦/٩، كشف المخدرات ٥٩٧/٢، نيل الأوطار ٨٠/٧، المفصل في أحكام المرأة ١٥٢/٧، ١٥٣.

(٢١٣) على خلاف بين الفقهاء فيما إذا أعسر الزوج هل يثبت لها حق الفرقة كما ذكر جمهور العلماء، أم تصبر وتبقى النفقة في ذمته، كما ذهب إليه بعض العلماء. انظر: نيل الأوطار للشوكاني ٨٠/٧.

(٢١٤) فقه السنة الميسر للشيخ عبدالله المطلق ٤١٢/٣.

حاجة لاشتراطه في عقد النكاح .

والزوجة لها الأهلية الكاملة، والذمة المالية المستقلة؛ جاء في قرار مجمع الفقه الإسلامي:

-انفصال الذمة المالية بين الزوجين:

للزوجة الأهلية الكاملة، والذمة المالية المستقلة التامة، ولها الحق المطلق في إطار أحكام الشرع بما تكسبه من عملها، ولها ثرواتها الخاصة، ولها حق التملك، وحق التصرف بما تملك، ولا سلطان للزوج على مالها، ولا تحتاج لإذن الزوج في التملك، والتصرف بمالها.

اشتراك الزوجة في التملك إذا أسهمت الزوجة فعليًا من مالها، أو كسب عملها في تملك مسكن أو عقار أو مشروع تجاري؛ فإن لها الحق في شراكة في ملكية ذلك المسكن أو المشروع بنسبة المال الذي أسهمت به[(٢١٥)].

ويجب على الزوج الوفاء بشرط المرأة العاملة استقلالها بأجرة عملها ، وعدم مشاركته لها فيه، ويؤيد ذلك ما يلي:

١ – قول الله تعالى: ﴿وَأَوۡفُواْ بِٱلۡعَهۡدِۖ إِنَّ ٱلۡعَهۡدَ كَانَ مَسۡـُٔولٗا ٣٤﴾الإسراء: ٣٤.

٢- قول الله تعالى: ﴿ وَأَوۡفُواْ بِعَهۡدِ ٱللَّهِ إِذَا عَٰهَدتُّمۡ وَلَا تَنقُضُواْ ٱلۡأَيۡمَٰنَ بَعۡدَ تَوۡكِيدِهَا ﴾ النحل: ٩١.

٣ – قول الله تعالى: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ أَوۡفُواْ بِٱلۡعُقُودِ ﴾المائدة: ١.

وجه الاستدلال: في الآيات السابقة دلالة صريحة على وجوب الوفاء بالعهد الذي يقطعه الإنسان على نفسه، والشروط الواردة في عقد النكاح بمثابة العهد الذي يجب

---

(٢١٥) انظر: مجلس مجمع الفقه الإسلامي الدولي المنبثق عن منظمة المؤتمر الإسلامي المنعقد في دورته السادسة عشرة بدبي (دولة الإمارات العربية المتحدة) ٣٠ صفر – ٥ ربيع الأول ١٤٢٦هـ قرار رقم ١٤٤ (١٦/٢).

الوفاء به.

٤ – قوله عليه الصلاة والسلام: «والمسلمون على شروطهم، إلا شرطًا حرم حلالاً، أو أحل حراما»[(٢١٦)].

٥ – قوله عليه الصلاة والسلام: «أحق ما أوفيتم من الشروط أن توفوا به ما استحللتم به الفروج»[(٢١٧)].

وجه الاستدلال: في الحديثين دليل على وجوب الوفاء بالشروط مالم تخالف الشرع ، وأن أحق هذه الشروط بالوفاء ما كان في عقد النكاح[(٢١٨)].

٦ – أن حق النفقة للزوجة حق ثابت بالشرع ؛ لأنه من الآثار المترتبة على عقد الزواج، فلا يجوز للزوج إسقاطه، ومطالبة المرأة بالنفقة على نفسها؛ لأنه أمر مخالف لشرع الله[(٢١٩)].

ومما يدل على وجوب إنفاق الزوج على زوجته ما يلي:

أ- قول الله تعالى: ﴿ٱلرِّجَالُ قَوَّٰمُونَ عَلَى ٱلنِّسَآءِ بِمَا فَضَّلَ ٱللَّهُ بَعۡضَهُمۡ عَلَىٰ بَعۡضٖ وَبِمَآ أَنفَقُواْ مِنۡ أَمۡوَٰلِهِمۡ﴾النساء: ٣٤[(٢٢٠)].

ب- ﴿وَإِنۡ خِفۡتُمۡ أَلَّا تُقۡسِطُواْ فِي ٱلۡيَتَٰمَىٰ فَٱنكِحُواْ مَا طَابَ لَكُم مِّنَ ٱلنِّسَآءِ مَثۡنَىٰ وَثُلَٰثَ وَرُبَٰعَۖ فَإِنۡ خِفۡتُمۡ أَلَّا تَعۡدِلُواْ فَوَٰحِدَةً أَوۡ مَا مَلَكَتۡ أَيۡمَٰنُكُمۡۚ ذَٰلِكَ أَدۡنَىٰٓ أَلَّا تَعُولُواْ ٣﴾النساء: ٣.

فقوله تعالى: (ذلك أدنى ألا تعولوا) يدل على أن على الرجل نفقة امرأته، وقوله :

(٢١٦) سبق تخريجه ص٨.

(٢١٧) سبق تخريجه ص٨.

(٢١٨) الذخيرة للقرافي ٤/٤٠٥، الفقه المالكي وأدلته للطاهر ٣/٢٣٧.

(٢١٩) المغني ٩/٢٣٠، مغني المحتاج ٣/٢٢٦. وعند الشافعية إذا اشترط الزوج أن النفقة على غيره فسد الشرط، وصح عقد النكاح، انظر: مغني المحتاج ٣/٢٢٦.

(٢٢٠) الحاوي الكبير ١١/٤١٥.

(ألا تعولوا) أي أن لا يكثر من تعولون إذا اقتصر المرء على واحدة، وإن أباح الله تعالى له أكثر منها[٢٢١].

جـ- قول الله تعالى: ﴿ وَعَلَى ٱلْمَوْلُودِ لَهُۥ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِٱلْمَعْرُوفِ ﴾البقرة: ٢٣٣.

أوجبت الآية الكريمة على المولود له وهو الزوج نفقة الزوجة التي هي والدة ولده[٢٢٢]، فوجب عليه الطعام والكسوة لها[٢٢٣].

د- قول الله تعالى عن البائن: ﴿ وَإِن كُنَّ أُولَٰتِ حَمْلٍ فَأَنفِقُوا۟ عَلَيْهِنَّ حَتَّىٰ يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ ﴾ الطلاق: ٦، فإذا وجبت النفقة للبائن الحامل، وثبتت لها[٢٢٤]، ففي حق الزوجة آكد وأحرى.

هـ- قول الله تعالى: ﴿ لِيُنفِقْ ذُو سَعَةٍ مِّن سَعَتِهِۦ ۖ وَمَن قُدِرَ عَلَيْهِ رِزْقُهُۥ فَلْيُنفِقْ مِمَّآ ءَاتَىٰهُ ٱللَّهُ ﴾الطلاق: ٧، فالله عزّ وجلّ ألزم الزوج بالنفقة على زوجته وولده الصغير على قدر وسعه، بحيث يوسع عليهما إذا كان موسعًا عليه، ومن كان فقيرًا فعلى قدر ذلك[٢٢٥].

و- قول الله تعالى: ﴿ وَعَاشِرُوهُنَّ بِٱلْمَعْرُوفِ ﴾النساء: ١٩، وقول النبي صلى الله عليه وسلم: «... فاتقوا الله في النساء، فإنكم أخذتموهن بأمان الله، واستحللتم فروجهن بكلمة الله)[٢٢٦]. ففي الآية و الحديث أمر بالمعاشرة بالمعروف، ولاشك أن الإنفاق على الزوجة من المعاشرة بالمعروف.

ز- قوله صلى الله عليه وسلم: «ولهن عليكم رزقهن وكسوتهن بالمعروف...»

---

(٢٢١) الأم ٥/١٠٦.

(٢٢٢) تفسير القرطبي (الجامع لأحكام القرآن) ٣/١٦٠، الحاوي الكبير ١١/٤١٥.

(٢٢٣) تفسير الطبري(جامع البيان في تأويل القرآن) ٥/٤٤، تفسير القرطبي (الجامع لأحكام القرآن)٣/١٦٠.

(٢٢٤) تفسير القرطبي (الجامع لأحكام القرآن) ١٨/١٦٧، بدائع الصنائع ٤/١٦.

(٢٢٥) تفسير القرطبي (الجامع لأحكام القرآن) ١٨/١٧١.

(٢٢٦) أخرجه مسلم في صحيحه، كتاب الحج، باب حجة النبي صلى الله عليه وسلم ٤/٣٩ برقم (٣٠٠٩).

الحديث[٢٢٧]. ففيه دلالة على وجوب الطعام والكسوة على الزوج[٢٢٨].

ح- أنه يجوز للزوجة أن تأخذ من الزوج بدون علمه، إذا كان بخيلاً شحيحًا ما يكفيها وولدها بالمعروف، يدل عليه ما روته عائشة رضي الله عنها أن هندًا بنت عتبة قالت: يا رسول الله، إن أبا سفيان رجل شحيح، وليس يعطيني ما يكفيني وولدي، إلا ما أخذت منه وهو لا يعلم، فقال: «خذي ما يكفيك وولدك بالمعروف»[٢٢٩].

ففي الحديث دليل على وجوب النفقة لها على زوجها، وأن ذلك مقدر بكفايتها، وأن ذلك بالمعروف، وأن لها أن تأخذ ذلك بنفسها من غير علمه إذا لم يعطها إياه[٢٣٠].

وقال ابن قدامة رحمه الله: "وجملة الأمر أن المرأة إذا سلمت نفسها إلى الزوج على الوجه الواجب عليها فلها عليه جميع حاجتها، من مأكول ومشروب وملبوس ومسكن"[٢٣١].

ط- أن الرجل لو اشترط على المرأة أن تنفق عليه، أو تعطيه شيئاً من مالها؛ فإن هذا الشرط باطل؛ لأنه ينافي مقتضى العقد، ويتضمن إسقاط حقوق تجب بالعقد قبل انعقاده، فلم يصح، كما لو اسقط الشفيع شفعته قبل البيع. والعقد صحيح؛ لأن الشرط يعود إلى معنى زائد في العقد لا يشترط ذكره، ولا يضره الجهل به[٢٣٢].

ي- الإجماع: فقد اتفق أهل العلم على وجوب نفقات الزوجات على أزواجهن إذا

(٢٢٧) جزء من الحديث السابق، وتخريجه في الهامش السابق.

(٢٢٨) تفسير الطبري (جامع البيان في تأويل القرآن) ٥/٤٤، تفسير القرطبي (الجامع لأحكام القرآن) ٣/١٦٠.

(٢٢٩) أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب النفقات، باب إذا لم ينفق الرجل فللمرأة أن تأخذ بغير علمه ما يكفيها وولدها بالمعروف ٥/٢٠٥٢ برقم (٥٠٤٩) واللفظ له، ومسلم في صحيحه، كتاب الأقضية، باب قضية هند ٥/١٢٩ برقم (٤٥٧٤).

(٢٣٠) المغني ٩/٢٣١، ٢٤٠.

(٢٣١) المغني ٩/٢٣١.

(٢٣٢) المغني ٧/٤٤٩.

كانوا بالغين إلا الناشز منهن[٢٣٣].

ك- من المعقول: وذلك أن المرأة محبوسة بحبس النكاح حقًا للزوج، ممنوعة عن الاكتساب بحقه؛ فكان نفعها عائدًا إليه، فكانت كفايتها عليه[٢٣٤].

تقدير النفقة الواجبة على الزوج:

تقدر بالكفاية[٢٣٥]، والكفاية تعم جميع ما تحتاج إليه الزوجة، فيدخل فيه ما هو معتاد من التوسعة في الأعياد، وسائر الأشياء التي قد صارت بالاستمرار عليها مألوفة، بحيث يحصل التضرر بمفارقتها أو التضجر، أو التكدر[٢٣٦]، والشرع أطلق النفقة، ولم يقدرها بحد معين[٢٣٧] في قوله تعالى: ﴿وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ﴾البقرة: ٢٣٣، ويراعى حال الزوجين في العسر واليسر، وحال الزمان والمكان والأسعار، وهو بمعنى ما تعارف عليه الناس[٢٣٨]، ففي قوله تعالى: ﴿لِيُنفِقْ ذُو سَعَةٍ مِّن سَعَتِهِ وَمَن قُدِرَ عَلَيْهِ رِزْقُهُ فَلْيُنفِقْ مِمَّا آتَاهُ اللَّهُ لَا يُكَلِّفُ اللَّهُ نَفْسًا إِلَّا مَا آتَاهَا سَيَجْعَلُ اللَّهُ بَعْدَ عُسْرٍ يُسْرًا ⑦﴾الطلاق: ٧، اعتبار لحال الزوج بالمعروف، وفي قوله تعالى: (خذي ما يكفيك وولدك بالمعروف)[٢٣٩] اعتبار لحال الزوجة بالمعروف.

---

(٢٣٣) المغني ٩/٢٣٠، وانظر: بدائع الصنائع ٤/١٦، الهداية مع فتح القدير ٣/٣٢١ ط التجارية، البحر الرائق ٤/١٨٨، تبيين الحقائق ٣/٤٩، الجامع لأحكام القرآن للقرطبي ١٨/١٧١، التاج والإكليل ٤/١٨١-١٨٢، الحاوي الكبير ١٥/٥٢٤، المحلى لابن حزم ٩/٤٧٢، الموسوعة الفقهية ٤١/٣٤.

(٢٣٤) بدائع الصنائع ٤/١٦، تبيين الحقائق ٣/٤٩، البحر الرائق ٤/١٨٨، المغني ٩/٢٣٠.

(٢٣٥) بدائع الصنائع ٤/٢٣، البناية شرح الهداية ٥/٤٩٣، حاشية ابن عابدين ٣/٥٩٩، الشرح الكبير للدردير ٢/٥٠٩، التاج و الإكليل ٤/١٨٢- ١٨٣، مغني المحتاج ٣/٤٢٦، المغني ٩/٢٣١، المحلى لابن حزم ١٠/٨٨.

(٢٣٦) الروضة الندية شرح الدرر البهية٢/٧٨، فقه السنة لسيد سابق ٢/١٧٤.

(٢٣٧) بدائع الصنائع ٣/٤٢٩، البناية شرح الهداية٥/٤٩٤، ٤٩٧، بداية المجتهد ٢/٥٤، المغني ٩/٢٣١.

(٢٣٨) البناية شرح الهداية ٥/٤٩٧، بداية المجتهد ٢/٥٤، الشرح الكبير للدردير٢/٥٠٩، الروضة الندية شرح الدرر البهية ٢/٧٨.

(٢٣٩) سبق تخريجه ص٥٥.

جاء في قرار مجمع الفقه الإسلامي:

-النفقة الزوجية: تستحق الزوجة النفقة الكاملة المقررة بالمعروف، وبحسب سعة الزوج، وبما يتناسب مع الأعراف الصحيحة والتقاليد الاجتماعية المقبولة شرعًا، ولا تسقط هذه النفقة إلا بالنشوز.

-مشاركة الزوجة في نفقات الأسرة:

١ – لا يجب على الزوجة شرعًا المشاركة في النفقات الواجبة على الزوج ابتداء، ولا يجوز إلزامها بذلك.

٢ – تطوع الزوجة بالمشاركة في نفقات الأسرة أمر مندوب إليه شرعًا؛ لما يترتب عليه من تحقيق معنى التعاون والتآزر والتآلف بين الزوجين.

٣ – يجوز أن يتم تفاهم الزوجين واتفاقهما الرضائي على مصير الراتب أو الأجر الذي تكسبه الزوجة.

٤ – إذا ترتب على خروج الزوجة للعمل نفقات إضافية تخصها؛ فإنها تتحمل تلك النفقات.

-اشتراط العمل:

في فقرة رقم (٣): لا يجوز شرعاً ربط الإذن (أو الاشتراط)للزوجة بالعمل خارج البيت مقابل الاشتراك في النفقات الواجبة على الزوج ابتداء وإعطائه جزءاً من راتبها وكسبها[٢٤٠].

ويستحب للزوجة المشاركة في النفقات الأسرية، والصبر على قلة ذات يد زوجها، وأن تعذره فيما لا يطيقه؛ فقد أثنى النبي صلى الله عليه وسلم على نساء قريش بهذه

(٢٤٠) قرارات مجلس مجمع الفقه الإسلامي الدولي المنبثق عن منظمة المؤتمر الإسلامي المنعقد في دورته السادسة عشر بدبي (دولة الإمارات العربية المتحدة) ٣٠ صفر – ٥ ربيع الأول ١٤٢٦هـ القرار رقم١٤٤ (١٦/٢).

الصفـــة[٢٤١]، فقال: «خـير نساء ركبن الإبل صالـحُ نساء قريش، أحنـاهُ على ولدٍ في صغره، وأرعاهُ على زوج في ذاتِ يده»[٢٤٢].

وأخيراً فليس المال كل شيء في الحياة، والمرأة الموفقة المسددة تسعى أن توفق بين رغبتها بتحقيق شرطها، وحال زوجها بالحكمة واللين وبالتي هي أحسن، وأن يكون التعامل بين الزوجين من السماحة والتعاون ما يجعل المال غير مؤثر على علاقتهما، فإن ما بينهما من رباط الزوجية لا يقدر بمال، خصوصًا إذا كان الزوج ضعيف المادة؛ فإنه يشرع لها أن تساعده لما يترتب عليه من متانة للعلاقة بينهما، وتوثيق لعرى المودة والرحمة، ولما في الصحيحين من حديث أبي سعيد الخدري قال: خرج رسول الله صلى الله عليه وسلم في أضحى أو فطر إلى المصلى، ثم انصرف فوعظ الناس، وأمرهم بالصدقة، فقال: «أيها الناس تصدقوا، فمر على النساء فقال: يامعشر النساء تصدقن، فإني رأيتكن أكثر أهل النار» فقلن: وبم ذلك يا رسول الله؟ قال: « تكثرنَ اللعن، وتكفرن العشير، ما رأيت من ناقصات عقل ودين أذهب لِلُب الرجل الحازم من إحداكن يا معشر النساء».

ثم انصرف فلما صار إلى منزله جاءت زينب امرأة ابن مسعود تستأذن عليه، فقيل: يا رسول الله هذه زينب! فقال: «أي الزيانب» فقيل: امرأة ابن مسعود، قال: «نعم ائذنوا لها»، فأذن لها قالت: يا نبي الله إنك أمرت اليوم بالصدقة، وكان عندي حُلِيٌّ لي، فأردت أن أتصدق به، فزعم ابن مسعود أنه وولده أحق من تصدقت به عليهم. فقال النبي صلى الله عليه وسلم: «صدق ابن مسعود، زوجك وولدك أحق من تصدقت به

(٢٤١) فقه السنة الميسر للشيخ عبدالله المطلق ٤١٦/٣.

(٢٤٢) أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب النكاح، باب إلى من ينكح، وأي النساء خير؟، وما يستحب أن يتخير لنطفه من غير إيجاب ١٩٥٤/٥ برقم (٤٧٩٤) واللفظ له، ومسلم في صحيحه، كتاب فضائل الصحابة، من فضائل نساء قريش ١٨١/٧ برقم (٦٦١٨).

عليهم»[٢٤٣]، وفي لفظ آخر قال: «نعم، لك أجران: أجر القرابة، وأجر الصدقة»[٢٤٤].

وفي رواية أخرى: عن ريطة امرأة عبد الله بن مسعود أم ولده، وكانت امرأة صناعًا، وليس لعبد الله بن مسعود مال، وكانت تنفق عليه وعلى ولده من ثمرة صنعتها، وقالت: والله لقد شغلتني أنت وولدك عن الصدقة، فما أستطيع أن أتصدق معكم، فقال: ما أحب إن لم يكن لك في ذلك أجر أن تفعلي، فسأل رسول الله صلى الله عليه وسلم هو وهي، فقالت: يا رسول الله، إني امرأة، ولي صنعةٌ فأبيع منها، وليس لي ولا لزوجي ولا لولدي شيء، وشغلوني فلا أتصدق، فهل لي في النفقة عليهم من أجر؟ فقال: «لك في ذلك أجر ما أنفقت عليهم، فأنفقي عليهم»[٢٤٥].

المسألة التاسعة: اشتراط المرأة عدم رجعة الزوج لمطلقته:

إذا اشترطت المرأة على زوجها ألا يعود لمطلقته، فحكمه حكم مسألة اشتراط ألا يتزوج عليها، وذكر بعض الفقهاء هذه المسألة في اشتراط المرأة على زوجها «لا سابقة ولا لاحقة»، بمعنى أن لا يرجع مطلقته، ولا يتزوج عليها بأخرى، وحكمها حكم المسألة السابقة، وهي اشتراط ألا يتزوج عليها.

وقد تقاس على مسألة اشتراط طلاق ضرتها؛ لأن الاستدامة أولى من الابتداء،

---

(٢٤٣) أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب الزكاة، باب الزكاة على الأقارب ٢/٥٣١ برقم (١٣٩٣).

(٢٤٤) أخرجه البخاري في صحيحه معلقا، كتاب الزكاة، باب الزكاة على الأقارب٢/٥٣٠.

(٢٤٥) أخرجه أحمد في المسند٢٥/٤٩٤ برقم(١٦٠٨٦)، والبيهقي في السنن الكبرى، باب الاختيار في صدقة التطوع ٤/١٧٨ برقم (٧٥٤٩)، وابن حبان في صحيحه، باب النفقة ١٠/٥٧ برقم (٤٢٤٧)، والطبراني في المعجم الكبير٢٤/٢٦٣ برقم(٦٦٧) من حديث رائطة بنت عبدالله الثقفية امرأة عبدالله بن مسعود.

وقال الهيثمي في مجمع الزوائد ٣/٢٩٨: رواه أحمد والطبراني في الكبير، وفيه ابن إسحاق، وهو مدلس، ولكنه ثقة، وقد توبع.ا.ه.

وصححه شعيب الأرنؤوط في تعليقه على المسند، وقال: صحيح، وهذا إسناد حسن. وقال الألباني في إرواء الغليل ٣/٣٩٠: وهذا سند صحيح على شرط الشيخين.

لا سيما إذا كان بينهما أطفال .

والمطلقة الرجعية، إما أن تكون قد خرجت من العدة أو لا ، فإن كانت في العدة، فهي زوجة بدليل التوارث بينهما في حال الوفاة، وقدرته على الرجعة بدون إذنها، فإذا اشترطت عليه عدم الرجوع إليها، كان كحكم طلاق ضرتها، وإن خرجت من العدة فهي امرأة أجنبية؛ فإن كان بينهما أطفال، فيقرب قياسه على مسألة طلاق ضرتها؛ لما يترتب عليه من تشتت للأطفال، وتفرق للأسرة، وإن لم يكن بينهما أطفال فتقاس على مسألة اشتراط أن لا يتزوج عليها .

فقد جاء في تفسير الحديث: "«ولا يحل لامرأة أن تسأل طلاق أختها لتستفرغ صفحتها، فإن لها ما قدر لها»[٢٤٦] نهى المرأة أن تسأل رجلاً طلاق زوجته، أو تشترط عليه ذلك إذا أراد الزواج بها لتستأثر به دونها، فتصير لها من نفقته، ومعروفه، ومعاشرته ما كان للمطلقة منه، وعبّر عن ذلك بقوله: «لتستفرغ صفحتها»، وقوله: «فإنما لها ما قُدِّر لها» إشارة إلى أنها وإن سألت ذلك واشترطته؛ فإنه لا يقع من ذلك إلا ما قدَّره الله، فينبغي أن لا تتعرض لهذا المحظور"[٢٤٧].

المسألة العاشرة: اشتراط المرأة أنه إذا تزوج بامرأة ثانية، وهي ما زالت في عصمته أن الزوجة الثانية مطلقة طلاقًا بائنًا.

لا يصح مثل هذا الشرط، لأنه طلاق قبل العقد، ولا طلاق بدون نكاح ، فلا يملك ذلك لا الزوجة ولا حتى الزوج، وأما إذا اشترطت أنه إذا تزوج عليها بامرأة ثانية، وهي في عصمته؛ فإنها تطلق منه طلاقًا بائنًا.

---

(٢٤٦) سبق تخريجه ص٤٥.

(٢٤٧) فتح الباري ٢١٩/٩ – ٢٢٠.

فالخلاف فيها كالخلاف فيما إذا شرطت عليه أن لا يخرجها من دارها، أو بلدها، أو لا يتزوج عليها، والراجح - كما سبق - أنه يصح هذا الشرط، وهو مذهب أحمد، وقال آخرون بالمنع؛ لأن فيه منع الزوج من حقه الشرعي في النكاح والرجعة، وتقدمت المسألة كاملة بأدلتها[(٢٤٨)].

وقد ورد إلى اللجنة الدائمة للبحوث العلمية والإفتاء سؤال فيما إذا اشترطت المرأة أنه إذا تزوج بامرأة ثانية؛ فإن الزوجة الثانية تعتبر مطلقة طلاقًا بائنًا، فهل إذا فكر الرجل بالزواج بامرأة أخرى، وتزوج هل تعتبر الزوجة الثانية مطلقة؟

أجابت اللجنة الدائمة للبحوث العلمية والإفتاء:

"لا يصح تعليق الطلاق إلا من زوج لحديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده: «لا نذر لابن آدم فيما لا يملك، ولا عتق له فيما لا يملك، ولا طلاق له فيما لا يملك»[(٢٤٩)]، رواه أحمد، وأبو داود، والترمذي، وحسنه، وفي معناه أحاديث أخر، لهذا فإن عقد الزواج المذكور صحيح، والشرط غير صحيح؛ لأنه طلاق على أجنبية عنه قبل عقده عليها. وبالله التوفيق"[(٢٥٠)].

(٢٤٨) انظر ص١٥-٢٩.

(٢٤٩) رواه أحمد في مسنده ١١/٣٩٢ برقم (٦٧٨٠)، وأبو داود في سننه، كتاب الطلاق، باب لا طلاق قبل النكاح ١/٦٥٥ برقم (٢١٩٠)، والترمذي في سنن، كتاب الطلاق، باب لا طلاق قبل النكاح ٣/٤٨٦ برقم (١١٨١) واللفظ له، وابن ماجة في سننه، كتاب الطلاق، باب لا طلاق قبا النكاح١/٦٦٠ برقم (٢٠٤٧) مقتصرًا على قوله صلى الله عليه وسلم: (لا طلاق فيما لا يملك)، وصحح إسنادة الترمذي في سننه ٣/٤٨٦ فقال: حديث عبدالله بن عمر حديث حسن صحيح، وهو أحسن شيء روي في هذا الباب، ونقل عن البخاري أنه أصح شيء في الطلاق قبل النكاح.ا.ه وقال الألباني في إرواء الغليل ٦/١٧٣: "حسن".

(٢٥٠) ١٨/٣٩٩ برقم (١٨٠٠٤).

المسألة الحادية عشرة: اشتراط المرأة عند العقد إيصالها مشاويرها الخاصة كمكان العمل مثلاً.

جرى العرف أن الرجل يقوم بإيصال المرأة إلى الأماكن التي تحتاج إليها، كزيارة أهلها، والذهاب بها إلى المشفى وغيره، لكن أن يذهب بها يومياً، فهذا بحسب حال الرجل والمرأة، وما يتفقان عليه، فإذا اشترطت المرأة عند العقد إيصالها إلى مقر عملها يومياً؛ فإن هذا يعد استخداماً للزوج، وبناء عليه، فقد اختلف الفقهاء رحمهم الله في حكم اشتراط هذا الشرط، وهل يجب على الزوج الوفاء به؟ وهذه المسألة خرجتها على مسألة ذكرها الفقهاء، وهي جعل خدمة الزوج مهرًا لزوجته، كما لو قال: أتزوجك على أن أخدمك سنة، وقد اختلفوا فيها على قولين:

القول الأول:

يحرم على الزوج أن يجعل خدمته لزوجته مهرًا لها، ولو اشترطت المرأة ذلك؛ فإن كانت أسقطت شيئًا من المهر لأجل هذا الشرط، فلها مهر المثل، وهذا قول أبي حنيفة، وأبي يوسف(٢٥١)، وهو مذهب المالكية(٢٥٢)، ورواية عند الحنابلة(٢٥٣).

وقد ذكروا أنه يجوز خدمته لها تطوعًا، ولو استأجرت المرأة زوجها ليخدمها في البيت بأجر مسمى فهو جائز؛ لأن خدمة البيت غير واجبة على الزوج، فكان هذا استئجارًا على أمر غير واجب على الأجير(٢٥٤).

دليل هذا القول:

أن الزوجة مأمورة بأن تعظم زوجها، وتراعي حقه، وذلك ينعدم باستخدامها إياه؛

---

(٢٥١) المبسوط ٥/١٩٢، بدائع الصنائع٢/٢٧٧، فتح القدير ٣/٣٣٩-٣٤٠.

(٢٥٢) بداية المجتهد ٢/٢١، شرح الخرشي٣/٢٦٢.

(٢٥٣) المغني ٨/٧، المبدع ٧/١٢٢، الإنصاف مع المقنع والشرح الكبير ٢١/٩١.

(٢٥٤) بدائع الصنائع ٢/٢٧٧.

فلهذا لم يجز أن تكون خدمتها صداقًا(٢٥٥).

القول الثاني:

يجوز للزوج أن يجعل خدمته لزوجته مهرًا لها، وهو قول محمد من الحنفية، وقال: لها خدمة سنة(٢٥٦)، والقول بالجواز قول عند المالكية(٢٥٧)، ومذهب الشافعية(٢٥٨)، والحنابلة(٢٥٩).

دليل هذا القول:

أن كل ما يصح أخذ العوض عنه، يصح تسميته مهرًا، ومنافع الحر يجوز أخذ العوض عنها، لأن إجارته مباحة، فيصح أن تكون مهرًا، والخدمة من منافع الحر، فيصح أن تكون مهرًا(٢٦٠).

الراجح ووجه الترجيح:

يترجح والله أعلم القول الثاني؛ لقوة تعليله.

ويتخرج على ما ذكره الفقهاء مسألتنا هذه، وهي اشتراط المرأة على الزوج إيصالها لمشاويرها الخاصة، كمكان العمل مثلاً؛ والراجح فيها وجوب الوفاء بهذا الشرط، لأنه ليس فيه مخالفة للشرع، ولا لمقتضى العقد، وقد قبل الزوج به؛ فلزمه الوفاء بما ألزم نفسه به؛ لعموم الأدلة الدالة على وجوب الوفاء بالعهد، ومنها:

١ - قول الله تعالى: ﴿ وَلَا تَقْرَبُوا۟ مَالَ ٱلْيَتِيمِ إِلَّا بِٱلَّتِى هِىَ أَحْسَنُ حَتَّىٰ يَبْلُغَ أَشُدَّهُۥ ۚ وَأَوْفُوا۟ بِٱلْعَهْدِ ۖ إِنَّ

---

(٢٥٥) المبسوط ١٩٢/٥.

(٢٥٦) المبسوط ١٩٢/٥، بدائع الصنائع٢٧٧/٢، فتح القدير ٣٣٩/٣.

(٢٥٧) القوانين الفقهية ص٢٢٦، شرح الخرشي ١٨٦/٤.

(٢٥٨) مغني المحتاج ٤٣٣/٣، روضة الطالبين ٤٥/٩، تحفة المحتاج ٣١٦/٨، تكملة المجموع ٣٢٨/١٦.

(٢٥٩) المغني ٧/٨، الإنصاف ٩١/٢١، المبدع ١٢٢/٧، كشاف القناع ١٣٠/٥.

(٢٦٠) تكملة المجموع ٣٢٨/١٦، المغني لابن قدامة ٧/٨، المبدع ١٢٢/٧.

ﭐلۡعَهۡدَ كَانَ مَسۡـُٔولٗا ﴿٣٤﴾ ﴾الإسراء: ٣٤.

٢- قول الله تعالى: ﴿ وَأَوۡفُواْ بِعَهۡدِ ٱللَّهِ إِذَا عَٰهَدتُّمۡ وَلَا تَنقُضُواْ ٱلۡأَيۡمَٰنَ بَعۡدَ تَوۡكِيدِهَا وَقَدۡ جَعَلۡتُمُ ٱللَّهَ عَلَيۡكُمۡ كَفِيلًاۚ إِنَّ ٱللَّهَ يَعۡلَمُ مَا تَفۡعَلُونَ ﴿٩١﴾ ﴾النحل: ٩١.

٣ – قول الله تعالى: ﴿ يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ أَوۡفُواْ بِٱلۡعُقُودِۚ أُحِلَّتۡ لَكُم بَهِيمَةُ ٱلۡأَنۡعَٰمِ إِلَّا مَا يُتۡلَىٰ عَلَيۡكُمۡ غَيۡرَ مُحِلِّي ٱلصَّيۡدِ وَأَنتُمۡ حُرُمٌۗ إِنَّ ٱللَّهَ يَحۡكُمُ مَا يُرِيدُ ﴿١﴾ ﴾المائدة: ١.

ففي الآيات دلالة صريحة على وجوب الوفاء بالعهد الذي يقطعه الإنسان على نفسه، والشروط الواردة في عقد النكاح بمثابة العهد الذي يجب الوفاء به.

٤ – قوله عليه الصلاة والسلام: «والمسلمون على شروطهم إلا شرطًا حرم حلالاً، أو أحل حرامًا»[٢٦١].

٥ – قوله عليه الصلاة والسلام: «أحق ما أوفيتم من الشروط أن توفوا به ما استحللتم به الفروج»[٢٦٢].

في الحديثين دليل على وجوب الوفاء بالشروط، ما لم تخالف الشرع، وأن أحق هذه الشروط بالوفاء ما كان في عقد النكاح[٢٦٣].

كما أنه ليس في اشتراط المرأة على الزوج إيصالها لمشاويرها الخاصة إهانة وإذلالاً للزوج، أو تسلطًا من المرأة؛ لأن ذلك إنما حصل برضاه، وموافقته عليه عند العقد، ودخوله فيه على بصيرة، وفي اشتراط مثل هذا الشرط عند بعض النساء ضمانًا لا ستقرار الحياة الأسرية، وتقليلاً من مثل هذه المشكلات اليومية.

(٢٦١) سبق تخريجه ص٨.
(٢٦٢) سبق تخريجه ص٨.
(٢٦٣) الذخيرة للقرافي ٤/٤٠٥، الفقه المالكي وأدلته للطاهر ٣/٢٣٧.

أثر عدم الوفاء بهذا الشرط:

إذا لم يـف الزوج بالشـرط، فللزوجة الفسخ على التراخـي، ولا يسقط حقها في الفسخ إلا بما يدل على رضاها(٢٦٤).

المسألة الثانية عشرة: اشتراط المرأة خادما لها:

اختلـف الفقهـاء رحمهم الله تعالى في حكم إخدام المـرأة إذا كانت مريضة، أو ممن يخدم مثلها على قولين:

القول الأول:

ذهـب أكثر الفقهاء على أنـه يجب على الزوج أن يخدم زوجتـه إذا كانت مريضة عاجـزة عن القيام بأمور نفسها، وإذا كانت ممـن لا يخدم نفسه في العرف بأن كان لها خادم في بيت أبيها، فإن على زوجها في هذه الحال إخدامها بخادم واحد، لا يزاد عليه.

وإن لم يكـن، لم يجـب عليـه إخدامها؛ لأن العـرف في حقها خدمـة نفسها، فلا يجـب إخدامها حينئذ، وهو ظاهر مذهب الحنفيـة(٢٦٥)، والمالكية(٢٦٦)، والشافعية(٢٦٧)، والصحيح من مذهب الحنابلة(٢٦٨).

أدلة هذا القول:

١- قول الله تعالى: ﴿وَعَاشِرُوهُنَّ بِٱلۡمَعۡرُوفِ﴾ النساء: ١٩.

---

(٢٦٤) الروض المربع ص ٣٤٠، كشاف القناع ٩١/٥.

(٢٦٥) المبسوط ١٨١/٥- ١٨٢، بدائع الصنائع ٢٤/٤، البناية شرح الهداية ٤٩٢/٥، ٥٠٥، البحر الرائق ١٩٠/٤-١٩١، ١٩٩، حاشية ابن عابدين ٥٨٨/٣.

(٢٦٦) المدونة الكبرى ٢٦٦/٢، الشرح الكبير للدردير ٥١٠/٢، بداية المجتهد ٥٤/٢، حاشية الدسوقي ٥١١/٢، ومنح الجليل ٣٩١/٤.

(٢٦٧) إعانة الطالبين ٧٥/٤، الإقناع في حل ألفاظ أبي شجاع ٤٨٧/٢، مغني المحتاج ٤٣٤/٣، نهاية المحتاج ١٩٧/٧.

(٢٦٨) المغني ٢٣٣/٩، المحرر ١١٤/٢، المقنع مع الإنصاف والشرح الكبير ٣٠٣/٢٤، المبدع ١٦٦/٨، كشاف القناع ١٩٦/٥، ٤٦٣.

ووجه الدلالة:

أن إخدام الزوجة إذا كانت ممن يخدم من المعاشرة بالمعروف[(٢٦٩)].

١-ولأن الخادم مما تحتاج إليه حاجة دائمة فأشبه النفقة[(٢٧٠)]، وتستوي فيه من تُخدم لشرفها، ومن تُخدم لمرضها بجامع أن كلاً منهما لا تستغني عن الخادم لحاجتها له[(٢٧١)].

القول الثاني:

يستحب إخدام الزوجة المريضة، ولا يجب، وهذا قول عند الحنابلة[(٢٧٢)].

دليل هذا القول:

لم أعثر لهم على دليل، لكن يمكن أن يستدل لهم بأن الزوج لا يجب عليه علاج زوجته في حال مرضها؛ فلا يلزمه أجرة الطبيب وثمن الدواء، فكذلك لا يلزمه إخدامها[(٢٧٣)].

الراجح ووجه الترجيح:

يترجح، والله أعلم، القول الأول، وهو وجوب إخدام المرأة في حال مرضها، وكونها ممن يُخدم مثلها لقوة أدلته، وأن ذلك مما تتطلبه المعاشرة بالمعروف بين الزوجين.

واختلف الفقهاء في اعتبار حال الزوج على القول بوجوب إخدام الزوجة على قولين:

القول الأول:

إنه يعتبر حال الزوج؛ فيجب عليه إخدام الزوجة إذا كانت ممن تخدم، إذا كان غنيًا

---

(٢٦٩) المغني ٩/٢٣٣، المبدع ٨/١٦٦،كشاف القناع ٥/٤٦٣، نهاية المحتاج ٧/١٩٧، إعانة الطالبين ٤/٧٥، فتح الباري ٩/٥٠٧.

(٢٧٠) المغني ٩/٢٣٣، الإنصاف مع المقنع والشرح الكبير ٢٤/٣٠٣، المبدع ٨/١٦٦، كشاف القناع ٥/٤٦٣.

(٢٧١) الإقناع في حل ألفاظ أبي شجاع٢/٤٨٧.

(٢٧٢) الإنصاف مع المقنع والشرح الكبير ٢٤/٣٠٤، كشاف القناع ٥/١٩٦.

(٢٧٣) المبدع ٨/١٦٦، كشاف القناع ٥/٤٦٣.

موسـرًا، ولا يجب عليه إذا كان فقيرًا معسرًا، وهذا مذهب الحنفية(٢٧٤)، والمالكية(٢٧٥)، والحنابلة(٢٧٦).

أدلة هذا القول:

١-قول الله تعالى: ﴿ لِيُنفِقْ ذُو سَعَةٍ مِّن سَعَتِهِۦ ۖ وَمَن قُدِرَ عَلَيْهِ رِزْقُهُۥ فَلْيُنفِقْ مِمَّآ ءَاتَىٰهُ ٱللَّهُ ﴾ الطلاق: ٧.

وجـه الاستدلال: بين الله تعالى أن التكليف بحسب الوسع، وأن النفقة على حسب حاله(٢٧٧).

٢- قوله عليه الصلاة والسلام: «لا ضرر ولا ضرار»(٢٧٨).

وجـه الاستدلال: دل الحديث على أن الضرر لا يزال بالضرر، وإيجاب الخادم على الـزوج مع إعساره إضرار بـه، ولا يُزال ضرر الخدمة الواقع علـى الزوجة بالإضرار بالزوج بإيجاب الخادم عليه مع إعساره(٢٧٩).

القول الثاني:

عدم اعتبار حـال الزوج فيجب على الزوج إخدام الزوجـة، إذا كانت ممن تُخدم

(٢٧٤) المبسوط ٥/١٨١- ١٨٢، بدائع الصنائع ٤/٢٤، البناية شرح الهداية ٥/٤٩٢، ٥٠٥، البحر الرائق ٤/١٩٠-١٩١، ١٩٩، حاشية ابن عابدين ٣/٥٨٨.

(٢٧٥) المدونة الكبرى ٢/٢٦٦، الشرح الكبير للدردير ٢/٥١٠، بداية المجتهد ٢/٥٤، حاشية الدسوقي ٢/٥١١، ومنح الجليل ٤/٣٩١.

(٢٧٦) المغني ٩/٢٣٣، المحرر ٢/١١٤، المقنع مع الإنصاف والشرح الكبير ٢٤/٣٠٣، المبدع ٨/١٦٦، كشاف القناع ٥/١٩٦، ٤٦٣.

(٢٧٧) البناية شرح الهداية ٥/٢٩٢.

(٢٧٨) أخرجه الإمام مالك في الموطأ، كتاب الأقضية، باب القضاء في المرفق ٢/٧٤٥ برقم (١٤٢٩)، وأحمد في المسند ٥/٥٥ برقم (٢٨٦٥)، وابن ماجة في كتاب الأحكام، باب من بنى في حقه ما يضر بجاره من حديث ابن عباس ٧/٢٤١ برقم (٢٤٣١)، والدارقطني في سننه، باب في المرأة تقتل إذا ارتدت ٤/٢٢٧ برقم (٨٣)، والطبراني في المعجم الكبير ١١/٢٢٨ برقم (١١٥٧٦)، والبيهقي في السنن الكبرى، باب لا ضرر ولا ضرار ٩/٦٩ برقم (١١١٦٦)، والحاكم في المستدرك ٢/٦٦ برقم (٢٣٤٥) من حديث أبي سعيد الخدري، وقال: هذا حديث صحيح الإسناد على شرط مسلم، ولم يخرجاه. ا.هـ والحديث حسنه النووي في الأربعين النووية ص١١٣، وقد ورد من طرق كثيرة يقوي بعضها بعضًا. ينظر: المقاصد الحسنة ص٧٢٧، وصححه الألباني بمجموع طرقه في إرواء الغليل ٣/٤٠٨، ٦/٦٧، ٧/٦٣، ٢٢٩، ٢٣٤.

(٢٧٩) الإنصاف مع المقنع والشرح الكبير ٢٤/٣٠٣.

سواء أكان الزوج غنيًا وموسرًا، أوفقيرًا معسرًا، وهو مذهب الشافعية[(٢٨٠)].

أدلة هذا القول:

١ – قول الله تعالى: ﴿ وَعَاشِرُوهُنَّ بِٱلْمَعْرُوفِ ﴾النساء: ١٩.

وجه الاستدلال: أن إخدام الزوجة إذا كانت ممن يخدم من العشرة بالمعروف المأمور بها[(٢٨١)].

نوقش:

بأن العشرة بالمعروف مطلوبة من الزوجين، وليس من العشرة بالمعروف أن تطالب الزوجة بخادم مع إعسار الزوج للمشقة، والحرج الحاصل له بسبب ذلك، كما أن في الإيجاب إجحاف بحق الزوج وإضرار به، والضرر لا يزال بالضرر[(٢٨٢)].

٢- أن الخادم مما تحتاج إليه حاجة دائمة، فأشبه النفقة، وحيث تجب النفقة يجب الإخدام بغض النظر عن يسار الزوج وإعساره[(٢٨٣)].

ويناقش من وجهين:

الأول: بأن الإخدام أمر زائد عن النفقة، إذ النفقة مما يتطلبه كل الزوجات، بغض النظر عن حالهن، وبغض النظر عن نوع النفقة، بينما الخادم مطلب يتطلبه حال المرأة من حيث شرفها وقدرها، وقدرتها أو عدم قدرتها على خدمة نفسها وزوجها، وحيث تكون المرأة ممن شأنهن خدمة أنفسهن، وخدمة أزواجهن، فليس الخادم مطلبًا أساسيًا

(٢٨٠) روضة الطالبين ٦/٤٥٣، الإقناع في حل ألفاظ أبي شجاع ٢/٤٨٧، مغني المحتاج ٣/٤٣٢، نهاية المحتاج ٧/١٩٧، إعانة الطالبين ٤/٧٥.

(٢٨١) الإقناع في حل ألفاظ أبي شجاع٢/٤٨٧، المغنى المحتاج ٣/٤٣٣، نهاية المحتاج ٧/١٩٧، إعانة الطالبين ٤/٧٥، فتح الباري ٩/٥٠٧.

(٢٨٢) الإنصاف مع المقنع والشرح الكبير ٢٤/٣٠٣.

(٢٨٣) مغني المحتاج ٣/٤٣٢-٤٣٣، الإقناع في حل ألفاظ أبي شجاع٢/٤٨٧.

لها، فلا يجب.

الثاني: أن في إيجاب الخادم على المعسر إجحافًا بحقه، وتكليفًا له بما لا قدرة له عليه، وسببًا لعدم المودة، وسوء العشرة.

الراجح ووجه الترجيح:

يترجح والله تعالى أعلم اعتبار حال الزوج في يسره وعسره، وذلك لقوة أدلته، ولمناقشة أدلة القول الآخر، ولموافقته لعرف الناس، والعرف من أصول الشريعة التي تبنى عليها الأحكام، كما أنه الموافق لمقاصد الشريعة في مراعاة أحوال الزوجين.

وبناء على ما سبق: فإذا كانت الزوجة قادرة على الخدمة، وليست هي ممن يخدم مثلها، فلا يجب على الزوج إخدامها للأدلة الآتية:

١- حديث علي رضي الله عنه: أن فاطمة رضي الله عنها أتت النبي صلى الله عليه وسلم تشكو إليه ما تلقى في يدها من الرحى، وبلغها أنه جاءه رقيق، فلم تصادفه، فذكرت ذلك لعائشة رضي الله عنها، فلما جاء أخبرته عائشة، قال علي رضي الله عنه: فجاءنا وقد أخذنا مضاجعنا، فذهبنا نقوم فقال: (على مكانكما)، فجاء فقعد بيني وبينها، حتى وجدت برد قدميه على بطني، فقال: «ألا أدلكما على خير مما سألتما؟ إذا أخذتما مضاجعكما، أو أويتما إلى فراشكما، فسبحا ثلاثًا وثلاثين، واحمدا ثلاثًا وثلاثين، وكبرا أربعًا وثلاثين، فهو خير لكما من خادم»[(٢٨٤)].

فالنبي صلى الله عليه وسلم لم يأمر علي بإخدام فاطمة لما جاءت تشتكي عناء خدمة البيت، وهذا يدل على عدم وجوب إخدام الزوجة، وأن عليها خدمة زوجها في بيته.

٢- حديث أسماء رضي الله عنها، وفيه أنها قالت: «... ثم تزوجني الزبير، وما له

---

(٢٨٤) أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب النفقات، باب عمل المرأة في بيت زوجها ٥/٢٠٥١ برقم (٥٠٤٦)، ومسلم في صحيحه، كتاب الذكر والدعاء والتوبة، باب التسبيح أول النهار وعند النوم ٨/٨٤ برقم (٧٠٩٠).

في الأرض من مال ولا مملوك، ولا شيء غير فرسه، قالت: فكنت أعلف فرسه، وأكفيه مؤنته، وأسوسه، وأدق النوى لناضحه وأعلفه، واستقي الماء، وأخرز غربه، وأعجن، ولم أكن أحسن أخبز، وكان يخبز لي جارات من الأنصار، وكن نسوة صدق، قالت: وكنت أنقل النوى من أرض الزبير التي أقطعه رسول الله صلى الله عليه وسلم على رأسي، وهي على ثلثي فرسخ، قالت: فجئت يومًا، والنوى على رأسي، فلقيت رسول الله صلى الله عليه وسلم ومعه نفر من أصحابه فدعاني، ثم قال: «إخ إخ» ليحملني خلفه، قالت: فاستحييت، وعرفت غيرتك، فقال الزبير: والله لحملك النوى على رأسك أشد من ركوبك معه، قالت: حتى أرسل إلي أبو بكر بعد ذلك بخادم فكفتني سياسة الفرس، فكأنما أعتقتني»[٢٨٥].

وجه الاستدلال: فالنبي صلى الله عليه وسلم لما رأى أسماء، والعلف على رأسها، والزبير معه، لم يقل له: لا خدمة عليها، وأن هذا ظلمٌ، بل أقره على استخدامها، وأقر سائر أصحابه على استخدام أزواجهم مع علمه بأن منهن الكارهة والراضية[٢٨٦]، ومنهم الغني القادر، والفقير، ولو وجب لأمرهم بذلك.

٣-أن العرف قد جرى بخدمة المرأة، وقيامها بمصالح البيت، وتولي المرأة لخدمة زوجها، وعدم إخدامها هو المعروف عند من خاطبهم الله بكلامه، لأن العقود المطلقة إنما تنزل على العرف، والعرف خدمة المرأة، وقيامها بمصالح البيت[٢٨٧].

فإذا كان حال المرأة أنها صحيحة سليمة معافاة، وهي ممن لا يُخدم مثلها؛ فهل يجوز لها الاشتراط عند عقد النكاح على الزوج إخدامها؟

(٢٨٥) أخرجه مسلم في صحيحه، كتاب السلام، باب جواز إرداف المرأة الأجنبية إذا أعيت في الطريق ١١/٧ برقم (٥٨٢١).
(٢٨٦) زاد المعاد ٥/ ١٨٨.
(٢٨٧) زاد المعاد ٥/١٨٨.

يجوز للمرأة- الذي هذا حالها- أن تشترط عند العقد إخدامها، فإذا قبل الزوج، وجب عليه الوفاء به؛ ويدل على وجوب الوفاء بهذا الشرط ما يلي:

١ – قول الله تعالى: ﴿وَأَوۡفُواْ بِٱلۡعَهۡدِۖ إِنَّ ٱلۡعَهۡدَ كَانَ مَسۡـُٔولٗا ٣٤﴾ الإسراء: ٣٤.

٢- قول الله تعالى: ﴿وَأَوۡفُواْ بِعَهۡدِ ٱللَّهِ إِذَا عَٰهَدتُّمۡ﴾ النحل: ٩١.

٣ – قول الله تعالى: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ أَوۡفُواْ بِٱلۡعُقُودِ﴾ المائدة: ١.

وجه الاستدلال: في الآيات دلالة صريحة على وجوب الوفاء بالعهد الذي يقطعه الإنسان على نفسه، والشروط الواردة في عقد النكاح بمثابة العهد الذي يجب الوفاء به.

٤ – قوله عليه الصلاة والسلام: «والمسلمون على شروطهم، إلا شرطًا حرم حلالاً، أو أحل حرامًا»[(٢٨٨)].

٥ – قوله عليه الصلاة والسلام: «أحق ما أوفيتم من الشروط أن توفوا به ما استحللتم به الفروج»[(٢٨٩)].

وجه الاستدلال: في الحديثين دليل على وجوب الوفاء بالشروط ما لم تخالف الشرع، وأن أحق هذه الشروط بالوفاء ما كان في عقد النكاح[(٢٩٠)].

٦- لأن في اشتراط الخادم منفعة مقصودة للزوجة، وليس فيه مخالفة للشرع، ولا لمقتضى العقد؛ فيجب الوفاء به.

أثر عدم الوفاء بهذا الشرط:

إذا لم يف الزوج بالشرط، فللزوجة الفسخ على التراخي، ولا يسقط حقها في

(٢٨٨) سبق تخريجه ص٨.

(٢٨٩) سبق تخريجه ص٨.

(٢٩٠) الذخيرة للقرافي ٤/٤٠٥، حاشية الدسوقي ٣/٤١، الفقه المالكي وأدلته للطاهر ٣/٢٣٧.

الفسخ إلا بما يدل على رضاها[٢٩١].

المسألة الثالثة عشرة: اشتراط المرأة لمؤخر الصداق:

توثيق عقود الزواج أمام المأذون المختص موافق للسنة؛ إذ هو تسجيل لعقد الزواج الذي أجراه العاقدان أمامه، وفيه حفظ لحقوق العاقدين.

ويستحب أن يعقد النكاح بصداق مسمى، لأن النبي صلى الله عليه وسلم تزوج وزوج بناته بصداق، ولأنه أقطع للنزاع والخصومة فيه، وهو شرط من شروط صحة النكاح اتفاقاً[٢٩٢].

وينقسم الصداق بالنسبة للأجل إلى قسمين، معجل ومؤجل، وبما أن الصداق حق للمرأة وحدها؛ فإنه يستحب دفعه كله معجلاً عند العقد، ويجوز تأخيره كله، ويصح بعضه معجلاً، وبعضه مؤجلاً على حسب ما يتم الاتفاق عليه عند عقد الزواج، وهذا باتفاق فقهاء المذاهب الأربعة[٢٩٣]، وذلك أن الصداق عوض في معاوضة، فجاز ذلك منه كالثمن[٢٩٤]، وهو عقد على منفعة، فجاز بما ذكرنا كالإجارة[٢٩٥].

فعليه يجوز للمرأة أن تشترط بعض المهر مؤخراً، والشرط صحيح ولازم؛ قياسًا على

(٢٩١) الروض المربع ص ٣٤٠، كشاف القناع ٩١/٥.

(٢٩٢) المبسوط ٦٢/٥، المنقى شرح الموطأ ٢٧٥/٣-٢٧٦، الأم ٥٨/٥-٥٩، مغني المحتاج ٢٣٠/٣، الكافي لابن قدامة ٨٤/٣، المغني ٤/٨، كشاف القناع ١٢٩/٥.

(٢٩٣) جامع الأمهات لابن الحاجب ص ١٧٨، بداية المجتهد ٢٢/٢، منح الجليل ٤٢١/٣، المهذب ٥٦/٢، الحاوي الكبير ١٦٢/١٢-١٦٤، المغني ٢٢/٨، كشاف القناع ١٢٩/٥، وذهب بعض المالكية إلى عدم جواز التأجيل أصلاً، واحتجوا على المنع لكونه عبادة، وأن التعجيل لحق الله تعالى، وهذا القول لا دليل عليه، انظر: بداية المجتهد ٢٢/٢، منح الجليل ٤٢١/٣. وكذا ابن حزم الظاهري ذكر أن من شرط تأجيل الصداق أو بعضه، فهو شرط باطل، لأنه شرط خلاف ما أمر الله به في القرآن ﴿فَإِن طِبْنَ لَكُمْ عَن شَيْءٍ مِّنْهُ نَفْسًا فَكُلُوهُ هَنِيئًا مَّرِيئًا ۝٤﴾ النساء، انظر: المحلى ٤٩١/٩.

(٢٩٤) المغني ٢٢/٨، الكافي لابن قدامة ١٣٤/٥.

(٢٩٥) المهذب ٥٦/٢، تكملة المجموع ٣٢٨/١٦.

ما لو اشترطت كون المهر من نقد معين[٢٩٦].

وقال ابن قدامة عند ذكره للشروط في النكاح: "فالصحيح نوعان: أحدهما:...

والثاني: شرط ما تنتفع به المرأة كزيادة على مهرها، أو نقد معين، فهو صحيح يجب الوفاء به كالثمن في المبيع"[٢٩٧].

والتأجيل فيه منفعة للزوجة، وليس فيه ما يخالف الشرع، أو مقتضى العقد فيجب الوفاء به، لعموم الأدلة الدالة على وجوب الوفاء بالعهود أو الشروط من الكتاب والسنة.

يقول ابن القيم رحمه الله: "وقد اتفق على وجوب الوفاء بتعجيل المهر، أو تأجيله، والضمين، والرهن به، ونحو ذلك، وعلى عدم الوفاء باشتراط ترك الوطء والإنفاق، والخلو عن المهر، ونحو ذلك"[٢٩٨].

المسألة الرابعة عشرة: اشتراط المرأة حضانة أطفالها من غيره:

الحضانة هي حفظ من لا يميز، ولا يستقل بأموره وتربيته بما يصلحه، ويقيه عمّا يضره[٢٩٩]. وحضانة الطفل تكون للأبوين إذا كان النكاح قائمًا بينهما، فإن حصل الانفصال بالطلاق، فالحضانة للأم بالاتفاق مالم تتزوج[٣٠٠]. لما رواه أحمد، وأبو داود عن عمرو بن شعيب، عن أبيه، عن جده أن امرأة قالت: يا رسول الله إن ابني هذا كانت بطني له وعاء، وثديي له سقاء، وحجري له حواء، وإن أباه طلقني، فأراد أن ينزعه

---

(٢٩٦) الروض المربع ص٣٤٠، كشاف القناع ٥/٩١.

(٢٩٧) الشرح الكبير لابن قدامة ٧/٥٢٦، كشاف القناع ٥/٩١.

(٢٩٨) زاد المعاد ٥/١٠٦.

(٢٩٩) نهاية المحتاج٧/٢٢٥، الإنصاف مع المقنع والشرح الكبير ٢٤/٤٥٥.

(٣٠٠) المبسوط٥/٢١٠، البناية شرح الهداية ٥/٤٧٣، الكافي في فقه أهل المدينة ص٢٩٦، المنتقى شرح الموطأ٦/١٨٥، نهاية المحتاج ٧/٢٣١، المهذب ٢/١٦٩، المغني٩/٢٩٩، الإنصاف مع المقنع والشرح الكبير٢٤/٤٥٧، كشاف القناع٥/٤٩٦.

مني، فقال لها النبي صلى الله عليه وسلم: «أنت أحق به ما لم تنكحي»(٣٠١)، ولأن الأم أقرب إليه، وأرفق به، وأشفق وأحن عليه، وأرحم، وأعلم بتغذيته من الأب(٣٠٢).

وإنما يسقط حقها في الحضانة بالزواج؛ لأنها إذا تزوجت اشتغلت بحقوق الزوج عن الحضانة وتربية الولد، وكانت منافعها مملوكة لغيرها، والولد بحاجة إلى الرعاية والاهتمام، ولا يكون ذلك إلا بالقرب منه، وعدم وجود ما يصرفها عنه(٣٠٣)، واستثنى الفقهاء من هذا الشرط فيما لو تزوجت بقريب من الولد، كما لو كان عم الولد مثلاً(٣٠٤)؛ وذلك لأنه يكون مشفقًا عليه، ولا يلحقه الأذى والجفاء من جهته(٣٠٥)، إذ إن القرابة باعثة على الشفقة والرحمة والملاطفة(٣٠٦)، واختار ابن القيم رحمه الله أن الحضانة لا تسقط عن الأم إذا رضي الزوج بناء على أن سقوطها لمراعاة حق الزوج(٣٠٧)، ويدل على ذلك أن النبي صلى الله عليه وسلم دفع ابنة حمزة بن عبد المطلب إلى خالتها زوجة جعفر بن أبي طالب حين تنازع في حضانتها علي، وجعفر، وزيد بن حارثة، فقال علي رضي الله عنه : أنا أحق بها، هي ابنة عمي، وقال جعفر: بنت عمي، وخالتها تحتي، وقال زيد:

---

(٣٠١) أخرجه أحمد في مسنده، أول مسند عبدالله بن عمرو بن العاص١٨٢/٢، وأبو داود في سننه، كتاب الطلاق، باب من أحق بالولد٢٨٣/٢ برقم (٢٢٧٦)، واللفظ له، والدار قطني في سننه، باب المهر ٣٠٤/٣، والبيهقي في السنن الكبرى، كتاب النفقات، باب الأم تتزوج فيسقط حقها من حضانة الولد وينتقل إلى جدته ٤/٨، وعبد الرزاق في مصنفه، باب أي الأبوين أحق بالولد ١٥٣/٧برقم (١٢٥٩٦)، والحاكم في المستدرك، كتاب الطلاق ٢٢٥/٢، وقال: صحيح الإسناد ووافقه الذهبي، و حسنه الألباني في إرواء الغليل ٢٤٤/٧.

(٣٠٢) المغني ٣٠١/٩، الشرح الكبير ٤٥٧/٢٤، مجموع الفتاوى ١٢٢/٣٤، زاد المعاد ٤٣٩/٥.

(٣٠٣) المبسوط ٢١٠/٥، بدائع الصنائع ٤٢/٤، الكافي في فقه أهل المدينة ص٢٩٦،حاشية الدسوقي ٥٢٦/٢-٥٢٩، الحاوي الكبير ١٠٨/١٥، المهذب ١٦٩/٢، المغني ٣٠٧/٩، شرح الزركشي ٣٧/٦، الفروع ٦١٦/٥، المبدع ٢٣٤/٨، الإنصاف مع المقنع والشرح الكبير ٤٧٢/٢٤، كشاف القناع ٤٩٩/٥.

(٣٠٤) المراجع السابقة.

(٣٠٥) المبسوط ٢١٠/٥.

(٣٠٦) بدائع الصنائع ٤٢/٤، المغني ٣٠٩/٩، كشاف القناع ٤٩٩/٥.

(٣٠٧) زاد المعاد ٤٥٨/٥.

ابنة أخي، فقضى بها النبي صلى الله عليه وسلم لخالتها، وقال: «الخالة بمنزلة الأم»(٣٠٨).

فقضى بها صلى الله عليه وسلم للخالة وهي متزوجة؛ لأن زوجها رضي بالحضانة(٣٠٩)؛ فالأم من باب أولى(٣١٠).

والأم أولى بالحضانة التي هي رعاية الطفل، وحفظه، والإشراف على أموره في الفترة التي يحتاج فيها إلى حضانة النساء، لقول الله تعالى: ﴿ وَٱلْوَٰلِدَٰتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَٰدَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ ﴾البقرة: ٢٣٣.

ففي الآية دليل على أن الحضانة للأم؛ لكونها المرضعة خلال الحولين(٣١١).

والولد يحتاج إلى الحضانة، فكفالته وحضانته واجبة، لأنه يهلك بتركها، فيجب حفظه من الهلاك، كما يجب الإنفاق عليه، وإنجاؤه من المهالك(٣١٢).

ويجوز للمرأة اشتراط حضانة أبنائها من غيره؛ ويجب على الزوج إذا قبل هذا الشروط الوفاء بما اشترطته عليه؛ وذلك لما يلي:

١- قول الله تعالى: ﴿ وَأَوْفُواْ بِعَهْدِ ٱللَّهِ إِذَا عَٰهَدتُّمْ وَلَا تَنقُضُواْ ٱلْأَيْمَٰنَ بَعْدَ تَوْكِيدِهَا ﴾النحل: ٩١.

٢ – قول الله تعالى: ﴿ يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ أَوْفُواْ بِٱلْعُقُودِ ﴾المائدة: ١.

ففي الآيات دلالة صريحة على وجوب الوفاء بالعهد الذي يقطعه الإنسان على نفسه، والشروط الواردة في عقد النكاح بمثابة العهد الذي يجب الوفاء به.

٣– قوله عليه الصلاة والسلام: «والمسلمون على شروطهم، إلا شرطًا حرم حلالاً،

(٣٠٨) أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب الصلح، باب كيف يكتب هذا ما صالح فلان بن فلان وفلان بن فلان، وإن لم ينسبه إلى قبيلته أو نسبه ٢/٩٦٠ برقم (٢٥٥٢).

(٣٠٩) الفقه الميسر للشيخ الدكتور عبدالله المطلق ٣/٤٢٨.

(٣١٠) نيل الأوطار ٧/٨٥.

(٣١١) الجامع لأحكام القرآن للقرطبي ٣/١٠٨.

(٣١٢) الشرح الكبير مطبوع مع الإنصاف والمقنع ٢٤/٤٥٥.

أو أحل حرامًا»[٣١٣].

٤- قوله عليه الصلاة والسلام: «أحق ما أوفيتم من الشروط أن توفوا به ما استحللتم به الفروج»[٣١٤].

ففي الحديثين دليل على وجوب الوفاء بالشروط، مالم تخالف الشرع، وأن أحق هذه الشروط بالوفاء ما كان في عقد النكاح[٣١٥].

٥- قول عمر رضي الله عنه: «مقاطع الحقوق عند الشروط»[٣١٦]، فالشروط التي تستحل بها الفروج أحق بالوفاء من غيرها.

٦- ولأنه شرط فيه لها منفعة مقصودة، لا تمنع المقصود من النكاح، فكان لازمًا، كما لو اشترطت كون المهر من غير نقد البلد[٣١٧].

٧- أن غاية ما فيه إسقاط لكمال الاستمتاع من الزوج، وهو الذي رضي بذلك، وأسقط حقه[٣١٨].

٨- أن في اشتراطها لحضانة أطفالها من غيره قصدًا صحيحًا لا يخالف الشرع، ولا مقتضى العقد، فيجب الوفاء به.

أثر عدم الوفاء بهذا الشرط على العقد:

إن لم يف الزوج بهذ الشرط، فللزوجة حق الفسخ[٣١٩].

(٣١٣) سبق تخريجه ص٨.
(٣١٤) سبق تخريجه ص٨.
(٣١٥) الذخيرة للقرافي ٤/٤٠٥، حاشية الدسوقي ٣/٤١، الفقه المالكي وأدلته للطاهر ٣/٢٣٧.
(٣١٦) سبق تخريجه ص٢٨.
(٣١٧) كشاف القناع ٥/٩١.
(٣١٨) الشرح الممتع على زاد المستقنع ١٢/١٦٨.
(٣١٩) كشف المخدرات والرياض الزاهرات ٢/٥٩٧، الإقناع في فقه الإمام أحمد ٣/١٩٠، والإنصاف ٨/١١٨، الروض المربع ص٣٤٠، كشاف القناع ٥/٩١.

المسألة الخامسة عشرة: اشتراط المرأة رضاعة ولدها الصغير من غيره:

إذا طلقت المرأة، أو مات عنها زوجها، ولديها طفل رضيع ترضعه من صدرها، ثم بدأ لها بعد انتهاء العدة أن تتزوج، وتريد أن تتم رضاعته لقوله تعالى: ﴿ وَٱلْوَٰلِدَٰتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَٰدَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ ۖ لِمَنْ أَرَادَ أَن يُتِمَّ ٱلرَّضَاعَةَ ﴾البقرة: ٢٣٣.

فيجوز لها أن تشترط على من ستتزوجه إرضاع صغيرها، لأن للزوج منع الزوجة من رضاع ولدها من غيره؛ لأن اشتغالها بذلك يفوت عليه كمال الاستمتاع بها[٣٢٠]، فإن وافق الزوج على هذا الشرط في العقد، وقبل باسقاط حقه في كمال الاستمتاع بها، وتأخر حملها منه بسبب الرضاعة، فيجب عليه الوفاء لها بشرطها، لأنه شرط لها فيه منفعة، وهي إرضاع صغيرها، والرضاعة الطبيعية تفيد الصغير بتقوية جهازه المناعي، كما أن فيها فائدة صحية للأم المرضعة، أثبتها الطب في توازن الهرمونات، وعودة الرحم إلى وضعه الطبيعي، وليس في هذا الشرط ما يخالف الشرع، ولا ينافي مقتضى العقد؛ فيجب الوفاء به لعموم الأدلة الموجبة للوفاء بالعقود والعهود، ومن ذلك:

١- قول الله تعالى: ﴿ وَأَوْفُوا۟ بِعَهْدِ ٱللَّهِ إِذَا عَٰهَدتُّمْ وَلَا تَنقُضُوا۟ ٱلْأَيْمَٰنَ بَعْدَ تَوْكِيدِهَا ﴾ النحل: ٩١.

٢ – قول الله تعالى: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓا۟ أَوْفُوا۟ بِٱلْعُقُودِ ﴾المائدة: ١.

ففي الآيات دلالة صريحة على وجوب الوفاء بالعهد الذي يقطعه الإنسان على نفسه، والشروط الواردة في عقد النكاح بمثابة العهد الذي يجب الوفاء به.

٣– قوله عليه الصلاة والسلام: «والمسلمون على شروطهم، إلا شرطًا حرم حلالاً،

(٣٢٠) الإنصاف ١١٨/٨، كشاف القناع ١٩٦/٥.

أو أحل حرامًا»[٣٢١].

٤- قوله عليه الصلاة والسلام: «أحق ما أوفيتم من الشروط أن توفوا به ما استحللتم به الفروج»[٣٢٢].

ففي الحديثين دليل على وجوب الوفاء بالشروط، ما لم تخالف الشرع، وأن أحق هذه الشروط بالوفاء ما كان في عقد النكاح[٣٢٣].

٥- قول عمر رضي الله عنه: «مقاطع الحقوق عند الشروط»[٣٢٤]، فالشروط التي تستحل بها الفروج أحق بالوفاء من غيرها.

٦- أن غاية ما فيه إسقاط لكمال الاستمتاع من الزوج، وهو الذي رضي بذلك، وأسقط حقه[٣٢٥].

٧- أنه شرط لها فيه منفعة، وقصد صحيح[٣٢٦]، فلزمه الوفاء به.

أثر عدم الوفاء بهذا الشرط على العقد:

إذا لم يف الزوج بالشرط، فللزوجة الفسخ على التراخي، ولا يسقط حقها في الفسخ إلا بما يدل على رضاها[٣٢٧].

---

(٣٢١) سبق تخريجه ص٨.
(٣٢٢) سبق تخريجه ص٨.
(٣٢٣) الذخيرة للقرافي ٤٠٥/٤، حاشية الدسوقي ٤١/٣، الفقه المالكي وأدلته للطاهر ٢٣٧/٣.
(٣٢٤) سبق تخريجه ص٢٨.
(٣٢٥) الشرح الممتع ١٦٨/١٢.
(٣٢٦) كشف المخدرات والرياض الزاهرات ٥٩٧/٢، الإقناع في فقه الإمام أحمد ١٩٠/٣، الإنصاف ١١٨/٨، كشاف القناع ٩١/٥.
(٣٢٧) الروض المربع ص٣٤٠، كشاف القناع ٩١/٥.

المسألة السادسة عشرة: اشتراط المرأة أن لا يفرق بينها وبين والديها إذا كانا في حاجة إليها، لاسيما مع ضعفهما، وكبر سنهما:

بـر الوالدين من أفضل ما يتقرب بـه إلى الله عز وجل، ومن أعظم الأعمال الصالحة أجـرًا، وقد وصى الله تعالى به بعـد عبادته وحده؛ قـال الله تعالى: ﴿وَٱللَّهُ جَعَلَ لَكُم مِّنۢ بُيُوتِكُمْ سَكَنًا﴾ النحل: ٨٠ .

وقال تعالى: ﴿وَوَصَّيْنَا ٱلْإِنسَٰنَ بِوَٰلِدَيْهِ حُسْنًا ۖ وَإِن جَٰهَدَاكَ لِتُشْرِكَ بِى مَا لَيْسَ لَكَ بِهِۦ عِلْمٌ فَلَا تُطِعْهُمَآ ۚ إِلَىَّ مَرْجِعُكُمْ فَأُنَبِّئُكُم بِمَا كُنتُمْ تَعْمَلُونَ ﴿٨﴾﴾ العنكبوت: ٨.

وقـد قدم النبي صلى الله عليه وسلم بر الوالديـن، ورعايتهما على الجهاد في سبيل الله، وقـد سئل عليه الصلاة والسلام عن أي العمل أحب إلى الله؟ قال: "الصلاة على وقتها"، قال: ثم أي؟ قال: "ثم بر الوالدين"، قال: ثم أي ؟ قال : "ثم الجهاد في سبيل الله"[(٣٢٨)].

وقـال رجل للنبي صلى الله عليه وسلم: أجاهد؟ قال: "لك أبوان؟" قال: نعم، قال: "ففيهما فجاهد"[(٣٢٩)].

فإذا اشترطـت المرأة في عقد النكاح أن لا يفرق بينها وبين والديها وقبل الزوج بهذا الشرط، وجب عليه الوفاء به لما يلي:

١-عموم الأدلة في وجوب الوفاء بالعهود والمواثيق، ومنها:

- قول الله تعالى: ﴿وَأَوْفُوا۟ بِٱلْعَهْدِ ۖ إِنَّ ٱلْعَهْدَ كَانَ مَسْـُٔولًا ﴿٣٤﴾﴾ الإسراء: ٣٤.
- قول الله تعالى: ﴿وَأَوْفُوا۟ بِعَهْدِ ٱللَّهِ إِذَا عَٰهَدتُّمْ﴾ النحل: ٩١.

---

(٣٢٨) أخرجـه البخـاري في صحيحـه، كتاب تفسير القرآن، سورة قـل أعوذ برب الفلق برقم (٥٥٤٢)، ومسلم في صحيحه، كتاب الإيمان، باب بيان كون الإيمان بالله تعالى برقم (١٢٤).

(٣٢٩) أخرجـه البخـاري في صحيحـه، كتاب تفسير القرآن، سورة قـل أعوذ برب الفلق برقم (٥٥٤٤)، ومسلم في صحيحه، كتاب البر والصلة والآداب، باب بيان بر الوالدين، وأنهما أحق به برقم (٤٦٣٠).

- قول الله تعالى: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ أَوۡفُواْ بِٱلۡعُقُودِ﴾ المائدة: ١.

ففي الآيات دلالة صريحة على وجوب الوفاء بالعهد الذي يقطعه الإنسان على نفسه، لأن الأمر المطلق يقتضي الوجوب، والشروط الواردة في عقد النكاح بمثابة العهد الذي يجب الوفاء به.

٢- قوله عليه الصلاة والسلام: «والمسلمون على شروطهم، إلا شرطًا حرم حلالاً، أو أحل حرامًا»[٣٣٠].

ففي الحديث وجوب وفاء الإنسان بالشروط التي يلزم بها نفسه، باستثناء الشروط التي تحرم الحلال، أو تحلل الحرام[٣٣١]، واشتراط المراة على الزوج خدمة والديها، ورعايتهما، ليس فيه تحريم للحلال، ولا تحليل للحرام.

٣- قوله عليه الصلاة والسلام: «أحق ما أوفيتم من الشروط أن توفوا به ما استحللتم به الفروج»[٣٣٢].

ففي الحديث دليل على وجوب الوفاء بالشروط، ما لم تخالف الشرع، وأن أحق هذه الشروط بالوفاء ما كان في عقد النكاح[٣٣٣]، واشتراط المرأة عند العقد خدمة والديها من هذا القبيل.

٤- أن في اشتراطها رعاية والديها، والقيام بمصالحهم منفعة مقصودة للزوجة، من حيث البر بوالديها، ورد بعض جميلهما بالإحسان إليهما، وفيه موافقة للشرع من الأمر ببر الوالدين وخدمتهما لاسيما إذا كانا في حاجة إليها لكبر سنهما، وضعف بنيتهما، كما أن هذا ليس فيه منافاة لمقتضى العقد، فيجب الوفاء به.

(٣٣٠) سبق تخريجه ص٨.
(٣٣١) تبيين الحقائق ٢/١٤٨، الشرح الكبير لابن قدامة ٧/٥٢٧.
(٣٣٢) سبق تخريجه ص٨.
(٣٣٣) الذخيرة للقرافي ٤/٤٠٥، حاشية الدسوقي ٣/٤١، الفقه المالكي وأدلته للطاهر ٣/٢٣٧.

أثر عدم الوفاء بهذا الشرط:

إذا لم يـف الزوج بالشـرط، فللزوجة الفسخ على التراخـي، ولا يسقط حقها في الفسخ إلا بما يدل على رضاها(٣٣٤).

جاء في الإنصاف: "الرابعة: ذكر أبو بكر في التنبيه من الشروط اللازمة إذا شرط أن لا يفـرق بينها وبين أبويها وأولادها، أو ابنها الصغـير، وأن ترضعه، وكذا ذكر ابن أبي موسى أنها إذا اشترطت أن لها ولداً ترضعه، فلها شرطها"(٣٣٥).

المسألة السابعة عشرة: اشتراط المرأة عليه الحج بها:

الحج الركن الخامس من أركان الإسلام، ويجب مع القدرة البدنية والمالية، ويشترط للمـرأة فيه المحرم، وأجر الحج عظيـم، لكون العبد يخرج من ذنوبـه بعد الحج كيوم ولدته أمه، وهذا مطمع لكثير ممن تاقت أنفسهم للحج.

فـإذا كانت المرأة لا تجد مالاً تحج به، أو لم يتوافر لها محرم، ثم تزوجت، واشترطت في عقـد النـكاح على الزوج أن يحـج بها، ووافق الزوج على الشـرط، فيجب عليه الوفاء به؛ وذلك لما يلي:

١-عموم الأدلة في وجوب الوفاء بالعهود والمواثيق، ومنها:

- قول الله تعالى: ﴿وَأَوۡفُواْ بِٱلۡعَهۡدِۖ إِنَّ ٱلۡعَهۡدَ كَانَ مَسۡـُٔولٗا ٣٤﴾الإسراء: ٣٤.
- قول الله تعالى: ﴿وَأَوۡفُواْ بِعَهۡدِ ٱللَّهِ إِذَا عَٰهَدتُّمۡ﴾النحل: ٩١.
- قول الله تعالى: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ أَوۡفُواْ بِٱلۡعُقُودِ﴾المائدة: ١.

ففـي الآيات دلالة صريحة على وجـوب الوفاء بالعهد الذي يقطعـه الإنسان على نفسـه،لأن الأمر المطلق يقتضي الوجـوب، والشروط الواردة في عقـد النكاح بمثابة

(٣٣٤) الروض المربع ص ٣٤٠، كشاف القناع ٥/٩١.
(٣٣٥) ٨/١١٨.

العهد الذي يجب الوفاء به.

٢- قوله عليه الصلاة والسلام: «والمسلمون على شروطهم، إلا شرطًا حرم حلالاً، أو أحل حرامًا»[٣٣٦].

ففي الحديث وجوب وفاء الإنسان بالشروط التي يلزم بها نفسه، باستثناء الشروط التي تحرم الحلال، أو تحلل الحرام[٣٣٧]، واشتراط المرأة على الزوج أن يحج بها فيه منفعة لها، وليس فيه تحريم للحلال، ولا تحليل للحرام.

٣- قوله عليه الصلاة والسلام: «أحق ما أوفيتم من الشروط أن توفوا به ما استحللتم به الفروج»[٣٣٨].

ففي الحديث دليل على وجوب الوفاء بالشروط، ما لم تخالف الشرع، وأن أحق هذه الشروط بالوفاء ما كان في عقد النكاح[٣٣٩]، واشتراط المرأة عند العقد الحج بها من هذا القبيل.

٦- أن في اشتراط الحج بها منفعة مقصودة للزوجة، وليس فيه مخالفة للشرع، ولا منافاة لمقتضى العقد؛ فيجب الوفاء به.

أثر عدم الوفاء بهذا الشرط على العقد:

إذا طلق الزوج الزوجة قبل الوفاء بشرطها، وجب عليه دفع قيمة تكاليف الحج لها[٣٤٠]، وإن مات دفعت من تركته لقوله تعالى: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ أَوۡفُواْ بِٱلۡعُقُودِ﴾ المائدة: ١، ولالتزامه لها بذلك، وتعلق ذمته بذلك الشرط.

(٣٣٦) سبق تخريجه ص٨.

(٣٣٧) تبيين الحقائق ١٤٨/٢، الشرح الكبير لابن قدامة ٥٢٧/٧.

(٣٣٨) سبق تخريجه ص٨.

(٣٣٩) الذخيرة للقرافي ٤٠٥/٤، حاشية الدسوقي ٤١/٣، الفقه المالكي وأدلته للطاهر ٢٣٧/٣.

(٣٤٠) وقد ذكر ذلك فضيلة الشيخ الدكتور: عبدالله بن محمد المطلق، عضو هيئة كبار العلماء في جوابه على سائلة قد اشترطت هذا الشرط، وطلقها قبل الوفاء به (مشافهة).

الخاتمة

الحمد لله الذي بنعمته تتم الصالحات، وأشكره - سبحانه – على ما وفقني إليه في هذا البحث ، وأستغفره عما ورد فيه من زلل وهفوات، وحسبي أن هذا جهدي وما توفيقي إلا بالله .

وقد ظهر لي من خلال البحث نتائج؛ من أهمها:

١- أن مكانة عقد الزواج في الإسلام عظيمة فقد شرعه الله لحكم ومصالح عديدة.

٢- أن الشروط في النكاح : إلزام أحد المتعاقدين الآخر بسبب العقد ما له فيه منفعة.

٣- أن الشروط الموافقة لمقتضى العقد والمقصود منه شروط صحيحة باتفاق الفقهاء؛ لأنها المقصود من العقد.

٤- أن الشروط التي فيها مصلحة العقد صحيحة باتفاق الفقهاء؛ لأنها تؤدي إلى إتمام العقد، والتوثق منه.

٥- أن الشروط المحرمة أو المنافية للعقد فاسدة باتفاق أئمة المذاهب الأربعة؛ لأنها تنافي مقتضى العقد.

٦- أن اشتراط المسكن من الشروط التي تشترطها المرأة لمنفعتها ، والسكنى أمر الله الزوج بها، فهذا الشرط مشروع ، وهو من الشروط اللازمة التي يجب الوفاء بها، وذلك لأنها من الآثار المترتبة على العقد

٧- أن اشتراط المرأة على الزوج أن لايتزوج عليها شرط صحيح، ويجب على الزوج الوفاء به؛ لما فيه من منفعة ومصلحة للزوجة، ولعدم مخالفته لمقتضى العقد، وإن لم يف بها فلها فسخ النكاح .

٨- أن اشــتراط المــرأة على الزوج أن لا يخرجها من بلدهــا أو دارها، وأن لا يسافر بهــا شرط صحيح، ويجب على الزوج الوفاء به؛ لمــا فيه من منفعة ومصلحة للزوجة، ولعدم مخالفته لمقتضى العقد، وإن لم يف بها فلها فسخ النكاح.

٩- أن اشتراط المرأة إكمال دراستها شرط لها فيه منفعة، فإذا قبل الزوج بهذا الشرط، فقد أذن بالخروج، وتنازل عن حقه في قرارها في البيت، فيجب عليه الوفاء به.

١٠- أن اشــتراط المرأة الاستمرار في العمــل، أو العمل إن وجد شرط صحيح، إذا قبل به الزوج فعليه الوفاء به، فلا يكون له منعها من العمل، ولو منعها فلا تكون ناشزاً، وتستحق النفقة عليه.

١١- لا يجوز اشتراط المرأة أن يكون الطلاق بيدها، أو أنها تطلق نفسها متى شاءت، وهــذا الشرط باطل، والعقد صحيح؛ لمنافاة هــذا الشرط لمفهوم القوامة التي فضل الله بها الرجل على المرأة، كما أن المرأة سريعة الانفعال، وسريعة التصرف، كما أنها سريعة النــدم، وفي بقاء الطــلاق بيدها تدمير للأســرة، و لا يجب على الــزوج الوفاء بهذا الشرط؛ لأنه شرط غير صحيح، ومخالف لمقتضى الشرع.

١٢- لا خــلاف بين الفقهــاء الأربعة في بطلان اشتراط المــرأة طلاق ضرتها، وعدم صحتــه؛ فإذا اشترطت المرأة في عقد النكاح طلاق ضرتهــا، فالعقد صحيح، والشرط باطل ولا يلزم الزوج الوفاء به؛ لنهي النبي صلى الله عليه وسلم عنه.

١٣- أن اشتراط المرأة العاملة أجرة عملها لها شرط صحيح لأنه مقتضى عقد النكاح، وأثــر من آثاره المتفق عليها، فــكأن الزوجة تشترط على زوجهــا أن ينفق عليها، فمثل هــذا الشرط لا يضيف جديدًا للعقد، فبمجرد انعقــاد العقد يثبت وجوب النفقة على الزوج، فلا حاجة لاشتراطه في عقد النكاح.

١٤- اشــتراط المرأة عدم رجعة الزوج لمطلقته حكمه حكم مسألة اشتراط ألا يتزوج

عليهـا، وقد تقاس على مسألة اشتراط طلاق ضرتها؛ لأن الاستدامة أولى من الابتداء، لاسيما إذا كان بينهما أطفال.

١٥- اشـتراط المرأة على الزوج أنه إذا تزوج بامرأة ثانية، وهي ما زالت في عصمته أن الزوجة الثانية مطلقة طلاقًا بائنًا شرط غير صحيح، لأنه طلاق قبل العقد، ولا طلاق بدون نكاح، فلا يملك ذلك لا الزوجة ولا حتى الزوج، وأما إذا اشترطت أنه إذا تزوج عليهـا بامرأة ثانية، وهي في عصمتـه؛ فإنها تطلق منه طلاقًا بائنًا فالخلاف فيها كالخلاف فيما إذا شرطت عليه أن لايخرجها من دارها، أو بلدها، أو لا يتزوج عليها.

١٦- أن اشتراط المرأة على الزوج إيصالها لمشاويرها الخاصة، كمكان العمل مثلاً؛ شرط صحيح يجب عليه الوفاء، لأنه ليس فيه مخالفة للشرع، ولا لمقتضى العقد، وقد قبل الزوج به؛ فلزمه الوفاء بما ألزم نفسه به؛ لعموم الأدلة الدالة على وجوب الوفاء بالعهد، ولكونها لم ترضى بالدخول في هـذا العقد إلا بتحقق هـذا الشرط، وإذا لم يف الـزوج بالشرط، فللزوجة الفسخ على التراخي، ولا يسقط حقها في الفسخ إلا بما يدل على رضاها.

١٧- يجـوز للزوجة- السليمة المعافاة التي لا يخدم مثلهـا- أن تشترط عند العقد إخدامها، فإذا قبل الزوج، وجب عليه الوفاء به؛ لأنه ليس فيه مخالفة للعقد ولا لمقتضى الشـرع، ولعموم الأدلة الدالة على وجوب الوفاء بالعهد، ولكونها لم ترض بالدخول في هذا العقـد إلا بتحقق هذا الشرط، وإذا لم يف الـزوج بالشرط، فللزوجة الفسخ على التراخي، ولا يسقط حقها في الفسخ إلا بما يدل على رضاها.

١٨- يجـوز للمرأة أن تشترط بعض المهر مؤخـراً، والشرط صحيح ولازم؛ قياسًا على مـا لو اشترطت كون المهر من نقد معين، والتأجيل فيه منفعة للزوجة، وليس فيه ما يخالف الشرع، أو مقتضى العقد فيجب الوفاء به، لعموم الأدلة الدالة على وجوب الوفاء بالعهد.

١٩- يجـوز للمـرأة اشتراط حضانـة أبنائها من غيره؛ ويجب علـى الزوج إذا قبل

هذا الشرط الوفاء بما اشترطته عليه؛ لأن في اشتراطها لحضانة أطفالها من غيره قصدًا صحيحًا لا يخالف الشرع، ولا مقتضى العقد، فيجب الوفاء به، وإن لم يف الزوج بهذ الشرط، فللزوجة حق الفسخ.

٢٠- إذا طلقت المرأة، أو مات عنها زوجها، ولديها طفل رضيع ترضعه من صدرها، فيجوز لها أن تشترط على من ستتزوجه إرضاع صغيرها، لأن للزوج منع الزوجة من رضاع ولدها من غيره؛ لأن اشتغالها بذلك يفوت عليه كمال الاستمتاع بها، فإن وافق الزوج على هذا الشرط في العقد فيجب عليه الوفاءبه لأنه شرط لها فيه منافع مقصىودة لا تخالف الشرع، ولا مقتضى العقد، وإذا لم يف الزوج بالشرط، فللزوجة حق الفسخ.

٢١- إذا اشترطت المرأة في عقد النكاح أن لا يفرق بينها وبين والديها وقبل الزوج بهذا الشرط، وجب عليه الوفاء به، لأن في اشتراطها رعاية والديها، والقيام بمصالحهم منفعة مقصودة للزوجة، من حيث البر بهما، ورد بعض جميلهما بالإحسان إليهما، وفيه موافقة للشرع من الأمر ببر الوالدين وخدمتهما لاسيما إذا كانا في حاجة إليها لكبر سنهما، وضعف بنيتهما، كما أن هذا الشرط ليس فيه منافاة لمقتضى العقد، فيجب الوفاء به، وإذا لم يف الزوج بالشرط، فللزوجة حق الفسخ على التراخي، ولا يسقط حقها في الفسخ إلا بما يدل على رضاها.

٢٢- إذا كانت المرأة لا تجد مالاً تحج به، أو لم يتوافر لها محرم، ثم تزوجت، واشترطت في عقد النكاح على الزوج أن يحج بها، ووافق الزوج على الشرط، فيجب عليه الوفاء به؛ لعموم الأدلة الدالة على وجوب الوفاء بالعهد، ولأن في اشتراط الحج بها منفعة مقصودة للزوجة، وليس فيه مخالفة للشرع، ولا منافاة لمقتضى العقد؛ فوجب الوفاء به، وإذا طلق الزوج الزوجة قبل الوفاء بشرطها، وجب عليه دفع قيمة تكاليف الحج لها، وإن مات دفعت من تركته.



رقابة القضاء على القرار العسكري في الجزاء

دراسة أصولية فقهية نظامية قضائية

بحث محكّم

إعداد د. عبدالرحيم بن مرداد الحارثي

المستشار القانوني بالمجلس الاستئنافي العسكري

ملخص البحث

يعتني هـذا البحث بالفقـه الإداري العسكري ؛ وأن الرقابـة القضائية الإدارية قوةٌ تضم للمؤسسة العسكرية بمنسوبيها وذلك بارتباطها بالرجل الأول في الدولة مـن خلال نائبه القاضي الإداري ؛ وأن القضاء الإداري نطق في بعض أحكامه مؤيداً للجهة الإدارية العسكرية في قرارها وإلا أعاد القرار إلى التوازن وفق إرادة المنظم؛ وتوضيـح أنه لا يوجـد في نصوص المنظم السعودي قضـاء عسكري ؛ كما لا يمكن الاصطـلاح بالتأديب العسكري ويُراد به الجزاء العسكـري بنوعيه . وأن القاضي الإداري يحافظ في منطوق أحكامه على قوة النظام بإصدار الجهة العسكرية للقرار العسكـري تنفيـذاً لموجب إنهـاء الخدمة الثابـت قضاءً ؛ وبيان الفـرق بينه وبين قـرار هيئة المحاكمة العسكريـة ؛ ومتى يكتسب القرار التأديبـي صفة النهائية بدرجتيـه . وتوضيح أن القاضي الإداري قد يسمـع الدعوى على قرار تأديبي غير نهائـي ومنطـوق حكمه موضوعاً . ومناقشـة تباين الأحـكام القضائية في اعتبار ضمانة تبليغ المتهم بالحضور بجلسته التأديبية . وبيان أن العسكري قد لا يكون قاصـداً للدعوى على القـرار التأديبي وإنما على آثـاره في مسائل ثلاثٍ جوهرية ؛ وصولاً لعشرين نتيجة أصولية فقهية نظامية قضائية عدلية من مادة هذا البحث.

مقدمة

الحمد لله الذي بشَّر عباده بالهداية والأمن؛ إذا لم يلبسوا إيمانهم بظلم فقال جلَّ في علاه: ﴿ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ وَلَمۡ يَلۡبِسُوٓاْ إِيمَٰنَهُم بِظُلۡمٍ أُوْلَٰٓئِكَ لَهُمُ ٱلۡأَمۡنُ وَهُم مُّهۡتَدُونَ ﴿٨٢﴾﴾ الأنعام: ٨٢.

والصلاة والسلام على من قال: "عَيْنَانِ لَا تَمَسُّهُمَا النَّارُ أَبَدًا عَيْنٌ بَكَتْ مِنْ خَشْيَةِ اللَّهِ وَعَيْنٌ بَاتَتْ تَحْرُسُ فِي سَبِيلِ اللَّهِ"[1].

فلا يخفى على الناظر أعمال وجهود المؤسسة العسكرية؛ بمختلف أجندتها وقواتها وقطاعاتها الحربية والأمنية؛ فكانت أعمالهم من أهم أعمال السلطة التنفيذية؛ بل أعمالهم همزة وصل مع عموم الجهات الحكومية وبمختلف أنواع السلطات المحلية والدولية.

وقد أسند المنظم للجهات العسكرية النظر في مخالفات العسكري الوظيفية وأخطاءه العسكرية؛ فكان لهذه الجهات إصدار قرار الجزاء العسكري وفق السبب الباعث له.

ولم يكن للقرار العسكري صفة الأحكام القضائية؛ بل أخضع المنظم هذا القرار للفحص والنظر والطعن عليه في الإدارة وفي القضاء؛ وصولاً للطمأنينة في صحته شكلاً وموضوعاً.

والقاضي الإداري بالسلطة القضائية لا يمكنه الحكم عند الطعن على قرار الجزاء العسكري إلا بعد تصوره وفقهه لنصوص المنظم السعودي في هذا القرار؛ مع

(١) أخرجه الترمذي في الجامع الصحيح كتاب الجهاد باب ما جاء في فضل الحرس في سبيل الله (ح رقم ١٦٣٩ ٤/١٧٥)؛ وقد صححه الألباني في صحيح الجامع الصغير وزيادته ٢/٧٥٦ ح/ ٤١١٣ عن أنس رضي الله عنه ووضح تعدد طرقه وشواهده.

استحضاره لقواعد الإدارة العسكرية في إصدار قرار الجزاء العسكري؛ وأثر الأحكام القضائية الإدارية عليه.

وعدم الرقابة القضائية يفتح باب الممارسات الخاطئة للجهات الإدارية وللموظفين وتكتسب القواعد العدلية والشرعية والنظامية صفة الرغبات والأماني والأهواء بدلاً من صفة استحضار رقابة ولي الأمر على التنفيذ وذلك من خلال نائبه القاضي الإداري(٢).

والسلطة التنظيمية هي تشريعية لا تطمئن على صحة تنفيذ ما تُشرعه من قواعد نظامية إلا من خلال عين الرقابة القضائية؛ حتى تسير الجهات الإدارية أعمالها وقراراتها برسم القاعدة النظامية وسلطتها في حرم الرقابة القضائية (٣).

فكان هذا البحث وعنوانه: رقابة القضاء على القرار العسكري في الجزاء.

أهمية الموضوع:

١- تتلازم أهمية موضوع البحث مع أهمية المؤسسة العسكرية في قراراتها وأعمالها ومنسوبيها.

٢- توضيح عدالة المنظم السعودي وتشوفه إلى تحقيق إرادته في القرار العسكري.

٣- إدراك رجل الأمن لمعنى قرار الجزاء العسكري الصادر بحقه وكيفية بنائه وآثاره.

٤- حاجة القاضي الإداري لمعرفة القرار العسكري عند الطعن عليه قضاءً.

---

(٢) انظر: الرقابة القضائية على سلطة الإدارة للهاشمي رشا محمد ١٢١ .

(٣) النظم السياسية والقانون الدستوري للطهراوي د.هاني علي ٣٥٦ .



المبحث الأول: تعريف مصطلحات العنوان

تحرير الخلاف في معنى مصطلح القرار العسكري؛ وبيان ثمرته إدارةً وقضاءً؛ وأنواع قرار الجزاء العسكري؛ وأهم أوجه الاتفاق والاختلاف بينها

المطلب الأول: تعريف مصطلحات العنوان

الفرع الأول: تعريف رقابة القضاء لغة واصطلاحاً والمراد بها

رقابة القضاء تُعرَّف باعتبار مفردات اللفظ – الرقابة – القضاء؛ وباعتبار مجموع اللفظين لقباً دالاً على مرادٍ معين :

أولاً: تعريف رقابة القضاء باعتبار مفردات اللفظ – الرقابة – القضاء لغة واصطلاحاً:

الرقابة لغة: من رَاقَبه مراقَبةً ورِقَاباً أي: حَرَسَه. وارْتَقَب أي: أَشْرف وعَلا(٤).

والرقابة اصطلاحاً: المطابقة والمضاهاة(٥).

فكأن القاضي الإداري يُطابق بين إجراء الإدارة وبين القاعدة النظامية.

والقضاء لغة: من قَضَى يَقْضِي. والقَضَاء هو الحُكم. وجمعه أَقْضِيَة.

والقَضِيَّة مثله والجمع : القَضَايا(٦).

وقد وردت مادة هذه الكلمة في ثلاث وستين موضعاً من القران الكريم(٧).

والقضاء اصطلاحاً: هو الإخبار عن حكم شرعي على سبيل الإلزام(٨).

(٤) القاموس المحيط للفيروز أبادي ١١٦ مادة : رقب .
(٥) الرقابة القضائية ١٢٣ .
(٦) مختار الصحاح للرازي ٥٤٠ مادة : قضى .
(٧) المعجم المفهرس لألفاظ القران الكريم لعبدالباقي محمد فؤاد ٥٤٦ مادة : قضى .
(٨) تبصرة الحكام لابن فرحون ٩/١ .

ثانياً: المراد برقابة القضاء:

يُمكن القول بأن الرقابة القضائية هي:

السلطة الممنوحة للمحكمة الإدارية بنصوص النظام للفصل وإصدار الأحكام في القضايا التي تكون الإدارة طرفاً فيها(٩).

الفرع الثاني: تعريف كل من القرار؛ والعسكر؛ والجزاء لغة واصطلاحاً

القرار لغة: هو المستقر من الأرض والمطمئن فيها؛ ويقال: يوم القَرّ بالفتح وهو اليوم الذي بعد يوم النحر لأن الناس يقرون في منازلهم(١٠).

ومنه قوله تعالى: ﴿أَمَّن جَعَلَ ٱلْأَرْضَ قَرَارًا﴾ النمل: ٦١.

وقد ورد لفظ القرار في القران الكريم في تسع مواضع(١١).

القرار اصطلاحاً: يمكن القول بأنه: الإفصاح عن الإرادة.(١٢)

والجزاء لغة: من جَزَى ويقال: أَجْزَأَه أي كَفاه. وأَجْزَأَت أي قَضَت(١٣).

وقد وردت في مواضع عدة في القران الكريم بلغت مائة وسبعة عشر(١٤).

والجزاء اصطلاحاً: القراءة العامة لمن عرَّف الجزاء يجد غالباً الحصر لمعناه بما يدل على العقاب؛ وهذا لا يصح والقران الكريم دال على استخدام لفظ الجزاء بما هو أشمل من الثواب والعقاب.

---

(٩) عرَّفه بنحو قريب من هذا في الرقابة القضائية ١٢٤ .

(١٠) مختار الصحاح ٥٢٨ ؛ والقاموس المحيط ٥٩٢ مادة : قرر .

(١١) المعجم المفهرس ٥٤٢ مادة : قرب .

(١٢) يمكن تعريف القرار بما ذكره أعلاه بأنه الإفصاح عن الإرادة ثم يكون تعريفه باعتبار ما يُضاف إليه . انظر : القرارات الإدارية في المملكة العربية السعودية للسناري د. محمد عبدالعال ٤٩.

(١٣) مختار الصحاح ١٠١-١٠٢ مادة : جزأ .

(١٤) المعجم المفهرس ١٦٨-١٧٠ مادة : جزى .

ويمكن تعريفه بما ورد تفسيره في القران الكريم بأن الجزاء هو الأوفى(١٥).

ومنه قوله تعالى: ﴿ ثُمَّ يُجْزَىٰهُ الْجَزَاءَ الْأَوْفَىٰ ﴿٤١﴾ ﴾ النجم: ٤١.

وعبــارة الأوفى القرآنية هي التي تتناسب مع قرار الجزاء لأنه قد يصدر بدون عقوبة كعدم قيام المسؤولية التأديبية.

والعَسْكَر لغــة: الجيش وعَسْكَر الرجل فهو مُعَسْكِر بكســر الكاف أي هيأ العسكر. والعَسْكَر هو الجمع والكثير مــن كل شئ. والعَسْكران: عَرَفة ومنى. والعَسْكَرة الشدة والجدب. وعسكر الليل: اشتدت ظلمته(١٦).

والعَسْكر اصطلاحاً: من الجند وهــي التلبس بأحوال الجنود حساً ومعنى في القول والعمل والعقيدة (١٧).

ولم يرد لفظ العسكر في القران الكريم ولكن ورد لفظ الجند في ثلاثين موضعاً(١٨).

المطلب الثاني: تحرير الخلاف في معنى مصطلح القرار العسكري

الفرع الأول: تحرير محل النزاع؛ وعرض الأقوال مع التعليل والمناقشة والترجيح والذي عليه العمل

تحرير محل النزاع:

ورد في نصوصــ المنظــم السعودي مصطلح "قرار عسكــري" بالمادة ١١٧ / ج من نظــام خدمة الضباط؛ والمادة ٥٦ / ج – ز من نظــام خدمة الأفراد، كما ورد مصطلح

(١٥) وهذا الذي ذكره الزمخشري في الكشاف ٣٣/٤؛ والزجاج في: معاني القران وإعرابه ٧٦/٥.

(١٦) مختار الصحاح ٤٣٢ مادة: عسكر؛ والقاموس المحيط ٥٦٤ مادة: عسكر.

(١٧) الجندية قديماً وحديثاً للخياري أحمد ياسين ٩.

(١٨) المعجم المفهرس ١٧٩ مادة: جند.

"محاكمته – مسلكياً– عسكرياً" بالمادة ١١٧ / ط من نظام خدمة الضباط؛ والمادة ٥٦ / ومن نظـام خدمة الأفراد فكان الاختلاف على معنى مصطلـح القرار العسكري على رأيين:

الـرأي الأول: المراد بالقرار العسكري هو القرار العسكـري الصادر تأديباً عن هيئة المحاكمـة. وهذا الذي عليـه العمل حالياً. وفق محضر هيئة الخـبراء رقم ١٢٥ وتاريخ ٧ / ٤ / ١٤٢٦هـ باتفاق مندوبي الجهات.

وتعليلهم:

١-أن المنظـم حدد شكلاً معيناً للقرار العسكري في نظام العقوبات العسكري وهو الصادر عن هيئة المحاكمة العسكرية.

٢-نصـ المنظم على المحاكمة العسكرية في الفقـرات (ز؛ ج - من المادة- ٦) من نظام خدمة الأفراد.

المناقشة:

١-أن مصطلحات المنظم مصطلحات مقصودة الدلالة والمعنى؛ فحين يورد مصطلح القرار العسكري؛ فإنـه ليس بمعنى مصطلح المحاكمة العسكرية؛ وبينهما فرق كبير في المعنى وفي الإجراء.

٢-أن المنظـم لم يورد مصطلح المحاكمة العسكريـة في الفقرتين (ز؛ج / ٥٦) من نظام خدمة الأفراد؛ بل أورد هذا المصطلح – المحاكمة العسكرية – في الفقرة (ط) من المادة ١١٧ من نظام خدمة الضبـاط والفقرة (و) من المادة (٥٦) وهو مصطلح مقصود الدلالـة والمعنـى في العسكري يُحاكم عسكريـاً وإن صدر قرار إنهـاء خدمته بفصله للغياب أو لانقطاعه عن عمله؛ بمثل إرادة المنظم السعودي في المادة ٣٣ من نظام تأديب

الموظفين.

٣-أن في الفقـرة (و) من هذه المـادة أورد المنظم مصطلح القرار بقوله: "...وصدر قرار بفصلـه..." أي: لغياب الفرد العسكري وانقطاعه عـن عمله؛ والمراد بالقرار هنا القـرار العسكري بفصلـه؛ لأنه صادر عن جهـة عسكرية؛ وقد قـرَّر المنظم بعد ذلك محاكمته عسكرياً.

٤-تعطيل إرادة المنظم السعودي في قوة نصوص نظامه بالأثر العاجل بإنهاء العلاقة الوظيفية عند قيام الموجب القضائي لإنهاء الخدمة العسكرية.

٥-إلحاق المشقة والتنكيل بالعسكري بإخضاعه لإجراءات تأديبية عسكرية طويلة لا فائـدة منها؛ ولم يبق لإنهاء خدمته إلا صدور قـرار عسكري تنفيذي بناءً على ما صدر بحقه قضاءً.

الـرأي الثاني: أن المراد بمصطلح القرار العسكـري أي قرار الإدارة العسكرية وليس قرار هيئة المحاكمة العسكرية. وهو الرأي القديم. بكتاب هيئة الخبراء رقم ١١٤ وتاريخ ٩/ ١/ ١٤٢٥هـ.

ويمكن التعليل لهم بما يلي:

١-القواعد اللغوية والأصولية ناطقة بأن المصطلح العام مستغرق لجميع ما يصلح له بحسب وضع واحد ومصطلح القرار العسكري مستغرق لجميع القرارات العسكرية؛ وتخصيصها بقرار المحاكمة العسكرية تخصيص بلا مخصص[(١٩)].

٢-أن المنظـم السعودي منح الجهات العسكرية أنواعاً من القرارات العسكرية؛ كما سـيرد توضيحه في المطلب التالي؛ وقرار الإدارة العسكريـة ليس كقرار هيئة المحاكمة

(١٩) انظر: اللُّمَع في أصول الفقه للشيرازي أبي إسحاق ٧١؛ وشرح مختصر الروضة للطوفي ٢/ ٤٧٨.

كما سيتضح في ثمرة الخلاف.

٣-القرار العسكري بعمومه قرار إداري؛ فكان التعريف له مستنبطاً من الأحكام القضائية الإدارية والتي عرفته بأنه إفصاح الإدارة عن إرادتها الملزمة بما لها من سلطة بمقتضى الأنظمة واللوائح بقصد إحداث أثر قانوني يكون جائزاً وممكناً نظاماً. وهذا تعريفٌ صالحٌ للقرار العسكري(٢٠).

المناقشة:

بما ورد في المادتين ١٥٣ و١٥٤ من نظام قوات الأمن الداخلي والتي توجب إحالة العسكري الصادر عليه حكم شرعي للإجراءات التأديبية مهما كانت نتيجة ذلك الحكم.

والجواب:

أن هاتين المادتين ليس فيهما لبس على قضايا الأحكام القضائية المتضمنة لموجبٍ من موجبات إنهاء الخدمة وبيانه كالتالي:

١-أنه إذا ورد لفظ القاعدة النظامية العامة على سببٍ خاص وجب العمل بعمومها؛ لأن العبرة بعموم اللفظ لا بخصوص السبب إلا أن تأتي قاعدة نظامية خاصة على ما يُشبه حال السبب الذي ورد من أجله(٢١).

فيكون العمل بالقاعدة النظامية الخاصة على الوصف الأدق في السبب المتعلق بها؛ وذلك بالعمل بالقاعدة النظامية العامة بإحالة العسكري للإجراءات التأديبية بصدور حكم قضائي عليه؛ ما لم يكن هذا الحكم القضائي يتضمن وصفاً بموجبٍ من موجبات إنهاء الخدمة وفق القاعدة النظامية الخاصة؛ والتي توجب إنهاء الخدمة العسكرية بقرار عسكري لا بالإحالة للإجراءات التأديبية.

(٢٠) القرارات الإدارية لرسلان د. أنور أحمد ٢ ؛ والقرارات الإدارية لعبدالكريم د. فؤاد ١٩ .

(٢١) انظر : شرح مختصر الروضة ٤٧٨/٢ – ٤٨٠ ؛ وشرح الكوكب المنير لابن النجار ٣/ ١٧٩ .

٢- أن اللفظ إذا ورد على سببٍ لم يجز أن يخرج السبب منه؛ لأن مؤداه تأخير بيان المنظم عن وقت الحاجة؛ وهذا لا يصح القول به مع وضوح بيان إرادة المنظم السعودي[٢٢].

الترجيح:

بالنظر إلى قواعد اللغة وقواعد الأصول في المصطلحات والألفاظ وإرادة المنظم وفق عباراته في نصوصه النظامية؛ فالذي أرجحه وأوصي بعودة الجهات العسكرية إليه والقاضي الإداري في حكمه هو قول الرأي الثاني - الرأي القديم -؛ وإن كانت مادة هذا البحث وفق ما عليه العمل بالرأي الأول؛ وقد أشير لأثر الرأيين إدارة وقضاءً ما أمكن.

الفرع الثاني: ثمرة الخلاف منتجة في الإدارة وفي القضاء

الخلاف في معنى – القرار العسكري - منتج وله أثره في الإدارة وفي القضاء الإداري وبيان هذه الثمرة من خلال ذكر بعض منها:

١-أن القرار العسكري يصدر عن واحد؛ كاختصاص مدير الإدارة العسكرية أو مدير القطاع الأمني؛ وأما قرار المحاكمة العسكرية فلا يصدر إلا عن هيئة محاكمة لا تقل عن ثلاثة.

٢-أن القرار العسكري فوري الإجراء ويوصف بالتنفيذ لما ثبت قضاءً بموجب إنهاء الخدمة العسكرية بعقوبة الحد أو السجن بأكثر من سنة أو في جريمة مخلة بالشرف والأمانة؛ وأما قرار هيئة المحاكمة فيجب أن يمر بمراحل وضمانات تأديبية طويلة إجراءً وزمناً.

(٢٢) انظر: اللمع ٩٣ .

٣-أن القــرار العسكري نهائي وهذا الــذي يريده المنظم لتحقيق قــوة نظامه بإنهاء العلاقــة الوظيفية العسكرية للموجب القضائي؛ وأما قرار هيئة المحاكمة العسكرية فلا يكون نهائياً إلا بالتصديق عليه ممن له الاختصاص بتصديقه لتنفيذه.

٤-محافظــة القاضــي الإداري في منطوق أحكامــه على قوة النظــام بإصدار جهة الإدارة قرارها بإنهاء الخدمة بالقرار العسكري وليس بقرار هيئة المحاكمة العسكرية.

المطلب الثالث: المراد بقرار الجزاء العسكري؛ وأنواعه؛ وأهم أوجه الاتفاق والاختلاف بينها

الفرع الأول: المراد بقرار الجزاء العسكري

لم أقــف على من عرَّف قرار الجزاء العسكــري بخصوصه؛ إلا أنه يمكن القول بأنه: إفصاح الإدارة أو هيئة المحاكمة العسكرية عن إرادتها بمعاقبة العسكري لسبب صحيح نظاماً[٢٣].

الفرع الثاني: أنواع قرار الجزاء العسكري وأهم أوجه الاتفاق والاختلاف بينها

أولاً: أنواع قرار الجزاء العسكري:

منح المنظم السعودي المؤسسة العسكرية نوعين من قرار الجزاء العسكري وهما[٢٤]:

النــوع الأول: قرار الجزاء العسكري الإداري غـير التأديبي. ونختصره في الاسم: بالجزاء الإداري.

(٢٣)الرقابة القضائية ١٨.

(٢٤) انظـر: المادة ١٢٧ مـن نظـام قـوات الأمـن الداخلي. وتأمل فقـه خيارات الإجـراءات الثلاث ستجـد نوعين للجزاء العسكري (ب-ج).

النوع الثاني: قرار الجزاء العسكري الإداري التأديبي. ونختصره في الاسم: بالجزاء التأديبي.

وهذا الجزاء التأديبي يصدر عن المجلس التأديبي بدرجتين[٢٥]:

الدرجة الأولى: المجلس التأديبي الابتدائي.

الدرجة الثانية: المجلس الاستئنافي العسكري.

ثانياً: أهم أوجه الاتفاق والاختلاف بين النوعين – الجزاء الإداري والجزاء التأديبي –:

١-يتفقان بسماع أقوال العسكري المتهم قبل مجازاته[٢٦].

٢-يختلفان بأن الجزاء الإداري يصدر عن واحد وأما الجزاء التأديبي فيصدر عن هيئة محاكمة لا تقل عن ثلاثة[٢٧].

٣-يتفقان بإرادة المنظم السعودي في تسبيب قرار الجزاء[٢٨].

٤-يختلفان بأن قرار الجزاء الإداري نهائي وأما قرار الجزاء التأديبي فلا يكتسب صفة النهائية إلا بإجراء التصديق عليه[٢٩].

المبحث الثاني: أهمية رقابة القضاء؛ وبيان أوجه الطعن على قرار الجزاء العسكري قضاءً

المطلب الأول: أهمية رقابة القضاء للمؤسسة العسكرية ومنسوبيها

لا تنحصر قوة المؤسسة العسكرية فيما تملكه من قوات وأجندة وجهود ورؤية

---

(٢٥) انظر: المادة ١٣٢ من النظام.

(٢٦) انظر: المواد: ١١٩-١٢٠-١٥٩-١٦٠ من نظام قوات الأمن الداخلي.

(٢٧) انظر: المواد: ١٣٠-١٣١-١٥٩-١٦٠ من نظام قوات الأمن الداخلي.

(٢٨) انظر: المادة: ١٤٥-١٦١ من نظام قوات الأمن الداخلي.

(٢٩) انظر: المادة: ١٤٨-١٦١ من نظام قوات الأمن الداخلي.

عسكريـة؛ بل من قوتها أيضـاً ارتباطها بالسلطـة القضائية في رقابـة القضاء الإداري خصوصـاً على قرار الجزاء العسكري؛ والذي يصدر علـى منسوبيها من العسكريين وفوائد هذا الارتباط لا يمكن حصرها؛ وأذكر هنا أهم فوائدها:

١-أن رقابـة القضـاء الإداري علـى قرار الجـزاء العسكري فيه ارتبـاط للمؤسسة العسكرية بولي الأمر – الرجل الأول في الدولة – لأن القاضي نائب عنه.

٢-أن القواعد النظاميـة الأساسية للحكم وضحت السلطات الثلاث المعلومة؛ وأن سلطة القضاء سلطة مستقلـة؛ وفرَض المنظم حق التقاضي للمواطنين والمقيمين؛ فكان للمؤسســة العسكرية ومنسوبيها التمتع بهذا الفرض وذلـك عملاً بالمواد: (٤٤-٤٦-٤٧) من النظام الأساسي للحكم؛ والمادة ١٣ / ب من نظام ديوان المظالم.

٣-أن القضــاء الإداري فوائده للمؤسســة العسكرية ولمنسوبيهـا على حدٍ سواء؛ فهناك أحكام قضائية إدارية ناطقة بصحة قرار الجزاء العسكري.

٤-أن جهــة الإدارة لا تكـون عاملة وقاضية؛ إذ اجتماع ذلـك يحط من اعتبار جهة الإدارة وإن كانــت عادلة [٣٠]؛ لأن رقابة القضاء الإداري قَصَده المنظم للحياد[٣١] ولقوة درجة السلطة القضائية؛ ولتكون نصوص نظامه واجهة حضارية عدلية محلياً ودولياً.

٤-أن المنظـم عدالتـه متوازنة إذ منح الموظف في الخدمة المدنيـة ابتداء من المراتب الوظيفية الأوليَّـة – والتي وصْفَها الوظيفـي خَدَمية- ضمانة الرقابـة القضائية؛ فكان للمؤسســة العسكريــة ومنسوبيها هــذه الضمانة حقاً لازماً لوضــوح الاحتياج وكثرة العمل والاحتكاك؛ الذي ينتج عنه المخالفات والأخطاء الوظيفية؛ وصدور قرار الجزاء

---

(٣٠) الرقابة القضائية ٢٣٤ .

(٣١) انظر : مقدمة بحث الحياد في الرقابة على الحسابات للباحث عبدالعزيز الإمام والمنشور في العدد ١٧ من مجلة معهد الإدارة ربيع الثاني ١٣٩٥ هـ.

العسكري بسببها.

المطلب الثاني: القضاء العسكري

مصطلح القضاء العسكري قد يُسمع ويُقرأ في الاجتماعات والمؤتمرات العسكرية أو في حيثيات قرارات التأديب العسكري أو عند الطعن عليه قضاء؛ فيكون المراد توهماً النوع الثاني من قرار الجزاء العسكري الصادر عن جهة التأديب بوصفها قضاءً عسكرياً.

والأصل أن الألفاظ والمصطلحات مقصودة الدلالة والمعنى؛ فليس في نصوص المنظم السعودي القضاء العسكري؛ ولا يوجد ضمن السلطة القضائية ذلك؛ ويمكن توضيح أهم الفروق بين جهة التأديب العسكري والقضاء العسكري في الآتي:

١-أن جهة التأديب العسكري سلطتها تنفيذية وليست سلطة قضائية.

٢-أن الصادر عن جهة التأديب قرار وإن وصفه المنظم بالحكم؛ إذ يخضع هذا القرار لرقابة القضاء الإداري بخلاف الحكم القضائي.

٣-أن نظام القضاء العسكري يكون في أنظمة السلطة القضائية وعدم وجوده عدم وجودٍ له أما نصوص التأديب فهي موجودة ضمن نصوص السلطة التنفيذية في ممارسة أعمال الوظيفة.

كما لا يمكن الاصطلاح بالتأديب العسكري ويُراد بهذا المصطلح الجزاء العسكري بنوعيه الإداري والتأديبي؛ إذ هذه التسمية أو التسمية بالجزاء العسكري الإداري ترفضه قواعد المصطلحات؛ لأن فيه تغليبٌ لنوع جزاءٍ عسكري على نوع آخر مساوٍ له في الدرجة النظامية.

والصحيـح أن يكون المصطلح عاماً مستغرقاً لجميع ما يصلح له بحسب وضع واحد وقـد أورده المنظـم في ثنايا نصوص نظامه؛ فيكون مصطلح الجـزاء العسكري مُهيمناً على الجزاء الإداري والجزاء التأديبي.

المطلب الثالث: بيان أوجه الطعن على قرار الجزاء العسكري قضاءً

الفرع الأول: أوجه الطعن قضاءً على قرار الجزاء الإداري غير التأديبي.

الطعن لغة: القدح.

وقد ورد الطعن في القران الكريم في موضعين[٣٢].

والطعن اصطلاحاً:

لا يخرج عن معناه في اللغة وهو الدخول على القرار بقادح أو أكثر[٣٣].

الطعـن قضاءً على قرار الجـزاء الإداري كمثل الطعن على القـرار الإداري؛ إذ يرد الطعـن على عموم أركان القرار – الاختصاص – السبب- المحل- الشكل- الغاية- إلا أن المـادة ١٦١ من نظام قوات الأمن الداخلـي تضمنت بيان أهم أوجه الطعن على قرار الجزاء الإداري غير التأديبي وذلك في الآتي:

١-وقوع المخالفة- السبب -.

٢-التحقيق مع العسكري المتهم وسماع أقواله قبل مجازاته.

٣-التسبيب في قرار الجزاء الإداري.

---

(٣٢)لسان العرب لابن منظور ١٣/٢٦٦-٢٦٧ مادة: طعن؛ وهو الذي ورد في فتح القدير للشوكاني في آية سورة التوبة: ١٢ وفي معالم التنزيل في آية النساء: ٤٦.

(٣٣) وبعضهم عرف الطعن: بأنه وسائل حددها القانون بمقتضاها يتمكن المتضرر من التظلم.

انظر: السلطة القضائية ونظام القضاء في الإسلام لنصر فريد واصل ٢٥٧؛ وأصول المحاكمات المدنية لأبي الوفاء أحمد ٦٧٥.

٤-كـون عقوبة الجزاء الإداري وفق الرسم المجدول في نظام قوات الأمن الداخلي بوصف مُصدِرها مع رتبة المُوقعة عليه.

ومحـل المناقشـة القضائيـة في العنصر الرابـع إذ لابد للقاضـي الإداري النظر في اختصاصـ من أصدر قرار الجزاء الإداري؛ ومن له حـق إنابة غيره في توقيع الجزاء؛ ووفق مقـدار العقوبة التقديرية الممنوحة له؛ وذلك وفـق إرادة المنظم السعودي بالمادة (١٥٩-١٦٠) من نظام قوات الأمن الداخلي.

ويتصف هذا النوع من قرارات الجزاء العسكري بأنه فوري ونهائي؛ فكان للقاضي الإداري إذا توجـه له الضرر غير المتـدارك من التنفيذ؛ إصـدار الحكم العاجل بوقف التنفيـذ حتى الفصـل في أصل الدعوى (عملاً بالمـادة السابعة مـن قواعد المرافعات والإجـراءات أمام ديـوان المظالم) - فقد تم انتهاء العمل بهـذه القواعد، بعد صدور نظام المرافعـات الجديد أمام ديوان المظالم، والصحيح أن يتم تعديل ذلك إلى: "عملاً بالمادة التاسعة من نظام المرافعات أمام ديوان المظالم".

الفرع الثاني: أوجه الطعن قضاءً على قرار الجزاء الإداري التأديبي.

أوجه الطعن قضـاءً على قرار الجزاء التأديبي كثيرة ومتعـددة ومتناثرة في نصوص المنظـم؛ فكان هـذا الفرع لسبرها وتقسيمهـا وللقاضي الإداري عنـد ورودها متعددة اختيار أعظمها أثراً وأنسبها في تسبيب حكمه وهي كالتالي:

١-فحص قرار الإحالة للإجراءات التأديبية.

وجوهـره أن من كان من الضباط العسكريين برتبة مقـدم (قائد) فأعلى؛ فإن ركن الاختصاص منعقد لوزير الداخلية بإصدار قرار الإحالة للإجراءات التأديبية؛ وأما بقية الضباط فيصدر قرار الإحالة للإجراءات التأديبية من المدير العام للقطاع الأمني؛ وأما

الأفراد من العسكريين فيصدر قرار الإحالة للإجراءات التأديبية من المدير أو من قائد المنطقة وذلك وفق المادة ١٢٢ من نظام قوات الأمن الداخلي.

٢-التحقيق.

وهذا جوهر الضمانات وأهم الإجراءات؛ بل بداخل التحقيق أجزاء كثيرة من الضمانات بأن يكون الأمر صادراً بالتحقيق من صاحب الصلاحية؛ ووجوباً يكون المحقق ضابطاً سواء كان العسكري المتهم ضابطاً أم فرداً؛ وأن يكون الضابط المحقق لا تقل رتبته عن الضابط المتهم؛ وأما قضايا التعدي على الأشخاص أو الأموال فيُشكَّل لها هيئة تحقيق؛ وأن التهمة توجه للمتهم بوضوح كافي؛ للوصول للنتيجة بدليل أو تعليل وذلك وفق المادة ١١٩-١٢٠ من نظام قوات الأمن الداخلي.

٣-الجزاء الإداري.

سبق بيان النوع الأول من قرار الجزاء العسكري - الجزاء الإداري - وهو الوارد في المادة ١٢٧ / ب من نظام قوات الأمن الداخلي؛ فإذا اتخذت جهة الإدارة العسكرية قرار الجزاء الإداري كان كافياً عن المحاكمة العسكرية لكون السبب صدر بشأنه جزاء إداري.

٤-الإحالة الوجوبية للإجراءات التأديبية.

بصدور حكم شرعي من السلطة القضائية على العسكري مهما كانت نتيجته؛ يجب إحالته للإجراءات التأديبية فلا يكون الطعن من قرار الإحالة وجيهاً للبراءة أو لصرف النظر في منطوق الحكم القضائي؛ إذ قد تقوم المسؤولية التأديبية الوظيفية وإن لم تقم المسؤولية الجنائية القضائية[٣٤]. وما لم يكن فيه حكم شرعي من المخالفات الإدارية فإن

(٣٤) صدر حكم ديوان المظالم ببريدة رقم ٥٤/٦/٧/١٤٣٢هـ؛ والمكتسب للصفة النهائية بمضي المدة بتاريخ ١٤٣٢/٦/٤ هـ؛ والمتضمن النطق بعدم الإدانة بالجريمة الجنائية - الرشوة - والنص في الأسباب بأنه لا يعني بالضرورة عدم وجود مخالفة تستوجب التأديب من جهة العمل.

الإحالة للإجراءات التأديبية تكون جوازية.

وأشير هنا إلى أن المنظم وضح إرادته بلفظ خاص فإذا صدر الحكم بالإدانة بإحدى موجبات إنهاء الخدمة فتُنهى الخدمة العسكرية بقرار عسكري ولم يقل بالمحاكمة العسكرية كما سبق بيانه في معنى القرار العسكري.

١- تبليغ العسكري المتهم بموعد جلسته بوقت كافٍ.

٢- تمكينه من الحضور وسترد مناقشة القضاء الإداري لهذه الضمانة في المبحث الرابع.

٣- استعانة العسكري المتهم بوكيل أو محامي.

٤- علنية الجلسة إلا لسبب راجح.

٥- اختصاص تشكيل هيئة المحاكمة يختلف بدرجتيه ويتفقان في الأعضاء من رتبة الضابط المتهم فأعلى؛ وأما الأفراد فلا يُحاكمهم إلا الضباط قطعاً كالتحقيق.

٦- للعسكري المتهم رد أي عضو من هيئة المحاكمة ينظر قضيته بسبب مقنع.

٧- تنحي رئيس المجلس أو العضو لسبب صحيح كمشاركته في التحقيق أو الادعاء أو الشهادة أو لصلة القرابة أو الخصومة أو المودة مع المتهم والتي لها أثر على القضية.

٨- التبليغ بمنطوق القرار التأديبي والتصديق عليه[٣٥].

المسألة الأولى: التبليغ بمنطوق القرار التأديبي الابتدائي – الدرجة الأولى – والتصديق عليه.

يجب تبليغ منطوق القرار التأديبي الابتدائي للعسكري المتهم؛ إن كان ضابطاً فله خمسة عشر يوماً من تاريخ تبليغه؛ وإن كان فرداً كان الوقت له قصيراً بتسجيل الموافقة أو الطعن عليه بالاستئناف؛ وإلا كان الطعن بعدم التبليغ بمنطوق القرار التأديبي

(٣٥) انظر المواد: ١٣٠-١٣١-١٣٢-١٣٤-١٣٩-١٤٠-١٤٣-١٥٠ من نظام قوات الأمن الداخلي.

الابتدائي وجيهاً وله أثره في منطوق الحكم القضائي الإداري[٣٦].

والطعن على هذا القرار التأديبي الابتدائي لا ينحصر بالمتهم سواء كان ضابطاً أم فرداً؛ بل نظاماً لجهة الإدارة الطعن عليه بالاستئناف ولكن في مدة خمسة عشر يوماً من تاريخ صدوره؛ إلا أن ركن الاختصاص بطعن جهة الإدارة ينعقد لوزير الداخلية أو المدير العام[٣٧].

وقد يكتسب القرار التأديبي بدرجته الابتدائية صفة النهائية وذلك عند عدم الطعن عليه بالاستئناف والتصديق عليه من المدير العام للقطاع[٣٨].

المسألة الثانية: التبليغ بمنطوق قرار المجلس الاستئنافي العسكري - الدرجة الثانية - والتصديق عليه.

التبليغ بمنطوق القرار التأديبي الصادر عن المجلس الاستئنافي العسكري ليس كمثل التبليغ بمنطوق القرار التأديبي الابتدائي الموضح في المسألة الأولى؛ لأن تبليغ منطوق قرار المجلس الاستئنافي العسكري له أثره في مرحلة الطعن قضاء؛ ولكن القاضي الإداري يُدرك بأن هذا القرار التأديبي غير نهائي ولا يكتسب صفة النهائية إلا بعد التصديق عليه[٣٩].

وهذا قد ينتج عنه الخلل في احتساب مدة الطعن من تاريخ التبليغ بالقرار غير النهائي أم من تاريخ التبليغ بالقرار النهائي والذي له أثره على المراكز القانونية[٤٠].

(٣٦)انظر: المادة ١٤٦-١٥٠ من نظام قوات الأمن الداخلي.

(٣٧)انظر: المادة ١٤٧ من نظام قوات الأمن الداخلي.

(٣٨)انظر: المادة ١٤٨ من نظام قوات الأمن الداخلي.

(٣٩)انظر: المادة ١٤٨ من نظام قوات الأمن الداخلي.

(٤٠)انظر: حكم ديوان المظالم بمكة المكرمة رقم ٢١٥/٥/١٠/١٤٣٢هـ؛ والمكتسب للصفة النهائية بحكم محكمة الاستئناف رقم ٥٤٨/٢ لعام ١٤٣٣هـ في احتسابه لمدة الطعن من تاريخ التبليغ بالقرار النهائي.

وقـد يسمع القضـاء الإداري الدعوى على قـرار تأديبي بدرجتـه الثانية غير نهائي ليتـدارك خطأ جهـة الإدارة العسكرية بتنفيذها لمنطـوق القرار التأديبـي قبل اكتسابه لشرعية التنفيذ بالمصادقة عليه(٤١).

وينعقـد الاختصاص لوزير الداخليـة في التصديق على قـرار المجلس الاستئنافي العسكري في قضايا الضباط؛ وأما الأفراد فالاختصاص بالتصديق للمدير العام(٤٢).

وقد فرَّق المنظم السعودي بين مرحلتين:

المرحلة الأولى: التصديق على القرار التأديبي بدرجتيه والاختصاص فيه وفق ما تقدم.

المرحلة الثانية: قرار التنفيذ أو الأمر بالتنفيذ بعد مرحلة التصديق.

وهذه المرحلة دقيقة وزمنها بعد زمن التصديق والموافقة على القرار التأديبي ليكتسب صفة النهائية؛ ثم تكون مرحلة الأمر بالتنفيذ وهذا الأمر له اختصاص الآمر به وفق المادة ١٧٣ من نظام قوات الأمن الداخلي؛ ويختلف الاختصاص فيه باختلاف العقوبة المراد تنفيذها؛ ما لم يكن اختصاص التصديـق يتوافق مع اختصاص الآمر بالتنفيذ؛ فيكون حينها التصديق أمراً بالتنفيذ وفق المادة ١٧٤ من النظام.

١-حضور هيئة المحاكمة ومنطوق قرارها التأديبي.

فقد كان للقضاء الإداري اجتهاده المنتج في التفريق بين حضور هيئة المحاكة بالأغلبية أو إصدار قرارها التأديبي؛ إذ إصدار القرار التأديبي يكون بحضور كامل الهيئة ليتضح اجتماع الهيئة على منطوق واحد أو الأخذ بالأغلبية(٤٣).

---

(٤١)انظر : حكم ديوان المظالم بجدة رقم ٢٧/د/٧ لعام ١٤٣٢ هـ والمكتسب للصفة النهائية بحكم محكمة الاستئناف رقم ٩٨٤ وتاريخ ١٤٣٢/٥/٢٣ هـ .

(٤٢) انظر المادة : ١٤٨ - ١٤٩ من النظام .

(٤٣) انظـر : حكـم ديـوان المظـالم بمكـة المكرمة رقم ٢١٥ المتقدم ؛ والمتضمـن إلغاء القـرار النهائي وليس قـرار المجلس الاستئنافي العسكري ؛ وذلك للعيب في ركن الشكل بعدم توقيع أحد الأعضاء.

المبحث الثالث: تأييد القضاء الإداري لجهة الإدارة العسكرية

تشعر جهة الإدارة العسكرية بالرضاء؛ ويتضح لها أكثر قصد المنظم السعودي من رقابة القضاء الإداري على قرار الجزاء العسكري؛ بصدور حكم القضاء الإداري مؤيداً لجهة الإدارة العسكرية في قرار الجزاء العسكري.

إذ يتضح صحة اجتهاد الإدارة العسكرية في العقوبات العسكرية التقديرية؛ أما العقوبات المقيدة بإرادة المنظم الصريحة؛ فليس لجهة الإدارة العسكرية اجتهاد فيها(٤٤).

المبحث الرابع: تباين أحكام القضاء في اعتبار ضمانة الحضور للجلسة التأديبية

تمهيد:

ضمانة تمكين المتهم من الحضور من الضمانات الجوهرية في التحقيق وفي جلسات التأديب بالسلطة التنفيذية وفي القضاء بالسلطة القضائية؛ فكل ما كان هناك اتهام كان للمتهم حق سماع أقواله؛ ولا يكون المنفذ في عدم حضوره في جلسة التأديب أو التقاضي إلا بغيابه بعد التأكد من تبليغه وفق قوة الإجراءات ووضوحها في الوصول للمتهم لتبليغه بموعد جلسته.

وفي هذا المبحث ليس النقاش في ضمانة الحضور على قضايا السلطة التقديرية بالجلسة التأديبية؛ فلم أقف على حكم قضائي إداري إلا واعتبر ونظر في تحقق هذه الضمانة للمتهم.

(٤٤) انظر: حكم ديوان المظالم بالجوف رقم ٨٦/د/إ/٢٤ لعام ١٤٣١هـ؛ والمكتسب للصفة النهائية بمضي المدة بتاريخ ١٤٣١/٨/٥هـ بتأييد قرار المجلس الاستئنافي العسكري رقم ٢٠٠٩ لعام ١٤٣١ هـ برفض دعوى إلغاء.
وحكم ديوان المظالم بالرياض رقم ١٠٧/إ/١/١٥ لعام ١٤٣٢هـ والمكتسب للصفة النهائية بمضي المدة بتاريخ ١٤٣٣/٥/١٧هـ بتأييد قرار المجلس الاستئنافي العسكري رقم ١٧٧٥ لعام ١٤٣١ هـ برفض دعوى تعويض.

ولكـن محل نقاش هذا المبحث في اعتبار ضمانة حضور المتهم فيما لو كانت قضيته مـن قضايا السلطة المقيدة؛ وكان الأخذ برأي القـول الأول في معنى القرار العسكري بإحالته للإجراءات التأديبية وليس إنهاء خدمته بقرار عسكري للموجب الثابت قضاءً.

المطلب الأول: اعتبار القضاء لضمانة الحضور

صورة القضية الجنائية:

صدر علـى العسكري حكم قضائي بإدانته بجريمة الرشوة؛ وبناءً على الأخذ بالقول الأول في معنـى القرار العسكري أحيل للإجراءات التأديبية؛ وأكدت جهة الإدارة بأن العسكري لم يتبلَّغ بموعد جلسته التأديبية.

اعتبار ضمانة الحضور قضاءً:

فقد صدر حكم ديوان المظالم رقم ٣١ / د/ ف / ٨ لعام ١٤٣٠هـ؛ والمكتسب للصفة النهائية بتأييد حكم محكمة الاستئناف رقم ٢٧٤ / ١س / ٨ وتاريخ ١٥ / ٢ / ١٤٣١هـ؛ والمتضمـن إلغاء قرار المجلس الاستئنافي العسكري رقـم ١٠١٤ لعام ١٤٢٩هـ للعيب الوارد في ركن الشكل من خلال إهدار ضمانة حضور المتهم وحقه فيه وإن كان متهماً؛ وأنَّ للمجلـس الاستئنـافي العسكري بعد منح المتهم حقـه في ضمانة الحضور إصدار القرار وفق مقتضى العدالة والنظام.

المطلب الثاني: عدم اعتبار القضاء لضمانة الحضور

صورة القضية الجنائية:

كصورة القضية الجنائية المشار إليها أعلاه.

وقد صدر حكم ديـوان المظالم رقم ٨٧ / د / ١٧ لعام ١٤٣٢هـ؛ والمكتسب للصفة النهائية بحكم محكمة الاستئناف رقم ٩٩٠ وتاريخ ٢٣ / ٥ / ١٤٣٢هـ؛ والمتضمن رفض دعـوى العسكـري؛ إذ عيب ركن الشكل في مواجهة المتهـم وسماع دفاعه ليست من العيوب الجوهرية الجسيمة !!.

المناقشة:

وتتضح من خلال بعضٍ منها:

١-أن إجراءات التأديب إنما كانت نشأتها للمتهم؛ لتتصف جهة الإدارة غير التأديبية بصفة الحياد؛ وأهم هذه الإجراءات سماع أقوال المتهم.

٢-أن المنظـم ضمن للمتهم التحقيق كما ضمن له تبليغه بالحضور بجلسته التأديبية؛ ولم يكن تكرار سماع أقواله إلا حقاً وضمانة مقصودةً ولها أثرها.

٣-أن المنظـم وإن لم ينص على ترتب البطلان عند إغفـال الشكل؛ فإن باب تقرير العقوبات له خصوصيته؛ لنفوذ القرار التأديبي إلى حقوق الآخرين وحبس حرياتهم.

٤-أن جهـة التأديب بدرجتيه – الابتدائي والاستئنـافي – تدرك أهمية هذا الشكل وجوهره واضح بأثره الذي يصل بالقرار التأديبي إلى الإلغاء بعد سماع أقوال المتهم.

٥-الإشـارة في أسباب الحكم إلـى الخلاف في معنى مصطلح القـرار العسكري؛ وليس القرار التنفيذي هو قرار المحاكمة العسكرية؛ وما قيل هناك يُقال هنا.

٦-ورود وقائـع مشابهة بصدور أحكام قضائية تتضمن الإدانة بموجبٍ من موجبات إنهـاء الخدمة؛ وبعد سماع أقـوال المتهم في الجلسة التأديبيـة؛ أُعيدت قضيته للسلطة القضائيـة والتي نقضت حكمها؛ وصدر عنها بما يقتضي عدم قيـام المسؤولية التأديبية

الوظيفية أو بعقوبة تأديبية تقديرية دون الفصل من الخدمة العسكرية(٤٥).

وغاية المراد توضيحه أن هذه الآثار وهذا التباين في الأحكام القضائية كانت نشأتها بعد الاختلاف في معنى مصطلح القرار العسكري والذي ورد في نصوص المنظم ولا يَنحصر معناه في قرار الجزاء التأديبي الصادر عن هيئة المحاكمة العسكرية؛ إذ فرق بين القرار العسكري وقرار هيئة المحاكمة العسكرية؛ وكان للقاضي الإداري النظر في هاتين القضيتين بالبحث عن قوة النظام في نصوص المنظم وتطبيقه على قرارات جهة الإدارة العسكرية وأنها لا تكون منحصرةً في إصدار قرارٍ بالإحالة للإجراءات التأديبية؛ إذ أن طريق التأديب إجراءاته تطول مدة زمنية وقد يَعرض في طريقها خلل في الضمانات التأديبية كما هو ظاهر في الحكمين أعلاه؛ فيتحقق التراخي وعدم مبادرة جهة الإدارة العسكرية بإصدار القرار العسكري التنفيذي بإنهاء الخدمة فور تبلغها بالحكم القضائي المتضمن لموجبٍ من موجبات إنهاء الخدمة وهذا الذي نص عليه المنظم المشار إليه في المبحث الأول والأمر السامي الكريم رقم ٦١٢٦ / م ب وتاريخ٨ / ٨ / ١٤٢٩هـ بالمبادرة إلى ذلك ولا معنى لقوة النظام والمبادرة بتنفيذه إلا إنهاء الخدمة بقرار عسكري لا بقرار تأديبي.

وكما ورد العيب على ركن الشكل في القرار التأديبي في ضمانة الحضور فقد يرد العيب الموجب للإلغاء على بقية أركان القرار في ركن الاختصاص أو ركن السبب أو ركن المحل أو ركن الغاية(٤٦).

(٤٥) كالقضية المقيدة بالمجلس الاستئنافي العسكري رقم ٤٥٢ لعام ١٤٢٩هـ ؛ والقضية المقيدة برقم ٢٤٢٩ لعام ١٤٣١هـ وغيرها .

(٤٦) انظر مثلاً في ركن المحل : حكم ديوان المظالم بالرياض رقم ١/١٨/٢٥٤ لعام ١٤٣٣هـ والمكتسب للصفة النهائية بحكم محكمة الاستئناف رقم ٣٧ وتاريخ ١٤٣٤/١/١١ هـ والمتضمن إلغاء القرار النهائي المصدق لقرار المجلس الاستئنافي العسكري رقم ١٤٠ لعام ١٤٣٠هـ .

وانظر في ركن السبب : حكم ديوان المظالم بالرياض رقم ٥٧٩/إ/١٤٣٣/١/١٣هـ ؛ والمكتسب للصفة النهائية بحكم محكمة الاستئناف رقم ١٦٤ وتاريخ ١٤٣٤/٣/١هـ ؛ والمتضمن إلغاء قرار المجلس الاستئنافي العسكري رقم ٢٣٤ لعام ١٤٣٢هـ .

المبحث الخامس: منطوق الحكم القضائي

القضاء الإداري في نصوص نظامه لا يقبل الطعن إلا على القرارات الإدارية النهائية وفق المادة ١٣ / ب من نظامه؛ إلا أن القضاء الإداري ينطق في حكمه عند الطعن على قرار الجزاء العسكري التأديبي بواحد من ثلاثة:

١-منطوق الحكم القضائي يكون على قرار المجلس الاستئنافي العسكري غير النهائي(٤٧).

٢-التردد والنطق بالحكم القضائي بالجمع بين القرار النهائي وغير النهائي(٤٨).

٣-منطوق الحكم القضائي يكون على القرار النهائي المصدق للقرار التأديبي سواء كان بدرجته الأولى الابتدائي - عند عدم الاستئناف عليه - أو كان بدرجته الثانية: قرار المجلس الاستئنافي العسكري(٤٩).

والنطق الأول والثاني لا يتفق مع أصل النظر وإن انعقدت صفة الخصومة للمجلس الاستئنافي العسكري أو المناقشة أو الترافع إلا أن منطوق الحكم يكون على القرار النهائي كما كان الطعن عليه ابتداءً(٥٠).

والقاضي الإداري قبل النطق بحكمه في دعوى العسكري على قرار الجزاء العسكري يفحص الدعوى والقصد منها لأن العبرة بالمقاصد والمعاني؛ ولأن الأصل اعتبار مقصود الخصمين في المنازعة دون الظاهر؛ ولهذا فإن العسكري قد لا يقصد

---

(٤٧) كالحكم القضائي رقم ٣١ لعام ١٤٣٠ هـ المشار إليه أعلاه.

(٤٨) كالحكم القضائي رقم ٥٧٩ لعام ١٤٣٣هـ المشار إليه أعلاه.

(٤٩) كالحكم القضائي رقم ٢٥٤ لعام ١٤٣٣هـ المشار إليه أعلاه.

(٥٠) انظر: حكم ديوان المظالم بالرياض رقم ٢/د/ف/٨ لعام ١٤٣٠هـ؛ والمكتسب للصفة النهائية بحكم محكمة الاستئناف رقم ٧٨٣/إس/٨ لعام ١٤٣٠هـ.

من دعواه؛ الدعوى على قرار الجزاء العسكري؛ لأنه مدرك للخطأ الذي وقع منه(٥١)؛ ولكن قد يكون قصده من دعواه هو واحد من المسائل الثلاث التالية(٥٢):

المسألة الأولى: مستقطعات الراتب المالية.

فقد يتظلم العسكري من القرار التأديبي وقصده طلب مستقطعات رواتبه المالية أثناء حبسه وتوقيفه والتي قد يصل بعضها إلى عدة سنوات؛ ولم ينطق بصرفها المجلس التأديبي في منطوق قراره؛ ولم يقم موجب طرده من الخدمة العسكرية لحرمانه منها؛ فكان وجوباً العود إلى القاعدة النظامية الموجبة لصرف مستقطعاته المالية وفق المادة ١٢٤ من نظام قوات الأمن الداخلي والمادة ١٣ من نظام خدمة الأفراد.

وتؤيده الفقرة السابعة من قرار هيئة التدقيق مجتمعة رقم ٨٤ لعام ١٤٢٩هـ والتي تقضي بعدم تحصن القرار بمضي المدة في حقوق الموظف المالية وما في حكمها والناطقة بها القاعدة التنظيمية(٥٣).

المسألة الثانية: احتساب مدة التوقيف.

وقد يقصد العسكري من دعواه على القرار التأديبي المتضمن لعقوبة توقيف؛ بأن جهة التأديب لم تحتسب مدة ما أمضاه من توقيف بسبب الدعوى التأديبية؛ وإذا كان المنظم السعودي راعى ذلك بوجوب احتساب مدة التوقيف في المسؤولية القضائية الجنائية الجنائية وفق المادة ٢١٧ من نظام الأجراءات الجزائية – وفقاً لنظام الإجراءات

(٥١) لأن المسؤولية التأديبية تقوم بتوفر ركنين: الموظف والخطأ.
انظر: الجريمة التأديبية للطماوي د. سليمان محمد ٤١.

(٥٢) انظر: شرح القواعد الفقهية للزرقا أحمد وبتقديم ابنه مصطفى في جريان قاعدة العبرة في العقود بالمقاصد والمعاني في الدعاوى ٦٤.

(٥٣) قرر المجلس الاستئنائي في العسكري بالدراسة القانونية رقم ٤٥٢٢٠ وتاريخ ١٤٣٠/١٠/٧هـ بصرف مستقطعات الراتب عن عدة سنوات لم ينطق بها القرار التأديبي رقم ٥٣٧ وتاريخ ١٤٠٦/٨/٥هـ عملاً بالمادة ١٣ من نظام خدمة الأفراد.

الجزائيــة القديم، والصحيح أنه يجب أن يتم تعديلها إلــى التالي: "وفق المادة ٢١٥ من نظام الإجراءات الجزائية - فإن احتساب مدة توقيف العسكري في المسؤولية التأديبية الوظيفيــة وجيهــاً ويدفع دعــوى التعويض عن جهــة الإدارة؛ ويؤيــده حكم محكمة الاستئناف الإدارية بالرياض رقم ٥٢٥ / ٢ لعام ١٤٣٤هـ؛ تأييداً لحكم المحكمة الإدارية بحائل رقم ٧٠١ / ٤ / ٨ / ١٤٣٣هـ.

المسألة الثالثة: حسم نقاط الترقية.

صــدر الأمر الكــريم من المقام الســامــي رقم ٤ وتاريــخ ٤ / ١ / ١٤٢٣هـ؛ والمتضمن حســم نقاط الترقية للعسكري الفرد الذي يصدر بحقه قــرار جزاء عسكري إداري أو تأديبــي؛ مع اختلاف بينهما في عدد حســم النقاط؛ والمراد أن العسكري قد يقصد من دعواه الأثر الرجعي لقرار حسم نقاط الترقية؛ وهو مستحق لها قبل صدور قرار الجزاء العسكري(٥٤).

خاتمة

تتضمن نتائج البحث وهذه بعض منها:

١-الرقابــة القضائية قوةٌ تُضم للقــوات العسكرية ومنسوبيهــا في ارتباطها بالرجل الأول في الدولة من خلال نائبه القاضي الإداري.

٢-رَفع المنظم مكانة الجهات العسكرية بأن لا تكون جهات عاملة وقاضية وإن كانت عادلة حتى تكون واجهة عسكرية حضارية محلياً ودولياً.

٣-قــوة النظــام تعنــي أن الإدارة مسلوبــة الإرادة بتحقيق إرادة المنظم فــوراً بقيام

(٥٤) النظرية العامة للقانون لتناغو د.سمير عبدالسيد ٦٧١.

الموجب وهذه القوة لا تتفق مع قرار الإحالة للإجراءات التأديبية مع قيام موجب إنهاء الخدمة قضاءً.

٤-مصطلح القرار العسكري يعني القرار الفردي النهائي الصادر عن جهة الإدارة العسكرية.

٥-مصطلح هيئة المحاكمة العسكرية يعني جهة التأديب الصادر عنها القرار التأديبي.

٦-مصطلح الجزاء العسكري يُهيمن على الجزاء الإداري غير التأديبي والجزاء الإداري التأديبي.

٧-القرار العسكري وقرار الجزاء الإداري غير التأديبي يصدران عن مختص به واحد؛ أما قرار الجزاء التأديبي فلا يصدر إلا عن هيئة محاكمة لا تقل عن ثلاثة أعضاء.

٨-دلالة المصطلح العام على أصل المعنى دلالة قطعية لا نزاع فيها وأن المصطلح المَخَصِّص له؛ لبعض ما تناوله المصطلح العام يجب العمل بالخاص فيما وضع له.

٩-أن الإحالة للإجراءات التأديبية وجوبية على العسكري الصادر بحقه حكم شرعي مهما كانت نتيجته؛ ما لم يكن هذا الحكم متضمناً لموجب من موجبات إنهاء الخدمة العسكرية فيكون العمل بالقاعدة النظامية الخاصة التي توجب إنهاء الخدمة بقرار عسكري بناء على ما صدر بحقه قضاءً.

١٠- منح المنظم السعودي الجهة العسكرية أنواعاً من القرارات العسكرية. نوعان منها في الجزاء العسكري.

١١-لا توصف المجالس التأديبية العسكرية بالقضاء العسكري.

١٢-القضاء العسكري لا يكون إلا ضمن السلطة القضائية والمجالس التأديبية من السلطة التنفيذية.

١٣-الصادر عن المجالس التأديبية قرار وإن سماه المنظم حُكماً إذ القرار يخضع لرقابة القضاء الإداري.

١٤-لا يصح التسمية بالتأديب العسكري ويُراد به الجزاء الإداري والتأديبي على حدٍ سواء.

١٥-درجتان للمجالس التأديبية العسكرية بوزارة الداخلية – الابتدائي والاستئنافي – والقرار الصادر عنهما لا يكون قراراً نهائياً إلا بعد التصديق عليه.

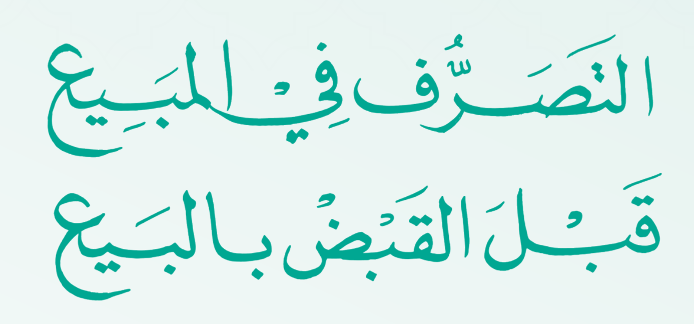
١٦-احترام القاعدة النظامية ينتج عنه صحة القرار الإداري العسكري شكلاً وموضوعاً.

١٧-ضمانة سماع أقوال المتهم تحقيقاً وتبليغاً له بجلسة محاكمته العسكرية ضمانة جوهرية مؤثرة.

١٨-احتساب مدة الطعن قضاءً من تاريخ التبليغ بالقرار النهائي بالتصديق وليس من تاريخ القرار التأديبي وإن كان بدرجته الثانية المجلس الاستئنافي العسكري.

١٩-منطوق الحكم القضائي بالإلغاء أو بالتعويض لا يكون إلا على القرار العسكري النهائي الذي يُحدث أثراً على المراكز القانونية.

٢٠-فرقٌ بين دعوى العسكري على قرار الجزاء العسكري بنوعيه وبين القصد من دعواه بالتظلم من الآثار في مستحقاته المالية أو احتساب مدة توقيفه أو حسم نقاط ترقيته.



بحث محكم

إعداد د. طارق بن محمد بن عبد الله الخويطر
عضو هيئة التدريس في معهد القرآن الكريم بالحرس الوطني

ملخص البحث

بيّن الباحث التالي:

– تعريف المصطلحات التالية:

البيع: مقابلة مال بمال لغرض التملك.

القبض: حيازة شيء ووضع اليد عليه.

–عرف مصطلحات متصلة بالقبض هي: التخلية والتسليم والحيازة.

– القاعدة في قبض الشيء تكون بحسب العرف والعادة.

– اتفاق الفقهاء على عدم جواز بيع الطعام قبل قبضه.

– اختلاف الفقهاء في التصرف في المبيع قبل قبضه على أربعة أقوال كالتالي:

الأول: جواز بيع العقار فقط قبض القبض وهو قول أبي حنيفة وقول أبي يوسف.

الثاني: جواز بيع ما عدا الطعام قبل قبضه وهو المشهور من مذهب الإمام مالك وغيره.

الثالث: لا يجوز التصرف في المبيع قبل قبضه إذا كان مكيلاً أو موزوناً وهو قول عثمان ومذهب سعيد بن المسيب وغيرهم.

الرابع: لا يجوز التصرف في المبيع قبل قبضه مطلقاً، وهول قول الثوري وغيره.

الترجيح: رجح البحث القول الرابع.

– ثمرة الخلاف بين الفقهاء تظهر في نقطتين:

الأولى: نماء المبيع: فمن جوز التصرف قبل القبض فالنماء عنده للمشتري، ومن منع التصرف فالنماء عنده للبائع.

الثانية: تلف المبيع قبل القبض: فمن اشترط القبض في كل شيء جعل التلف من ضمان البائع، ومن لم يشترطه جعله من ضمان المشتري

– حالات تلف المبيع كالتالي:

إن كان بفعل البائع أو بآفة سماوية أو بفعل أجنبي، فالبائع ضامن، إلا أن بعض الفقهاء قرروا الخيار للمشتري بين الفسخ والرجوع بالثمن، وبين مطالبة المُتلِف بالمثل إن كان المتلَف مثليا، وبالقيمة إن لم يكن. وأما إن كان التلف بفعل المشتري فيضمنه هو، ولا رجوع على البائع.

المقدمة

الحمد لله القائل: ﴿ٱلَّذِينَ يَأۡكُلُونَ ٱلرِّبَوٰاْ لَا يَقُومُونَ إِلَّا كَمَا يَقُومُ ٱلَّذِي يَتَخَبَّطُهُ ٱلشَّيۡطَٰنُ مِنَ ٱلۡمَسِّۚ ذَٰلِكَ بِأَنَّهُمۡ قَالُوٓاْ إِنَّمَا ٱلۡبَيۡعُ مِثۡلُ ٱلرِّبَوٰاْۗ وَأَحَلَّ ٱللَّهُ ٱلۡبَيۡعَ وَحَرَّمَ ٱلرِّبَوٰاْۚ ﴿٢٧٥﴾﴾البقرة: ٢٧٥، والصلاة والسلام على رسوله صلى الله عليه وسلم القائل: (إِنَّ الْحَلالَ بَيِّنٌ وَإِنَّ الْحَرَامَ بَيِّنٌ وَبَيْنَهُمَا مُشْتَبِهَاتٌ لا يَعْلَمُهُنَّ كَثِيرٌ مِنْ النَّاسِ فَمَنْ اتَّقَى الشُّبُهَاتِ اسْتَبْرَأَ لِدِينِهِ وَعِرْضِهِ وَمَنْ وَقَعَ فِي الشُّبُهَاتِ وَقَعَ فِي الْحَرَامِ كَالرَّاعِي يَرْعَى حَوْلَ الْحِمَى يُوشِكُ أَنْ يَرْتَعَ فِيهِ أَلَا وَإِنَّ لِكُلِّ مَلِكٍ حِمًى أَلَا وَإِنَّ حِمَى اللَّهِ مَحَارِمُهُ أَلَا وَإِنَّ فِي الْجَسَدِ مُضْغَةً إِذَا صَلَحَتْ صَلَحَ الْجَسَدُ كُلُّهُ وَإِذَا فَسَدَتْ فَسَدَ الْجَسَدُ كُلُّهُ أَلَا وَهِيَ الْقَلْبُ)[1]، وصلى الله عليه وسلم على آله وأصحابه وأزواجه أمهات المؤمنين، ومن تبعهم بإحسان إلى يوم الدين.

وبعد:

فإن الدِّين الإسلامي دين يُسرٍ في كُلِّ شؤونِه، والمسلم العاقل المتَّبِع لأوامر الله - جلَّ وعَلا - ونواهيه يعلم أن هذه الأوامر والنواهي إنما هي لمصلحة العباد.

هذا أولاً، وثانياً: إنّ هذه الأوامر والنواهي لا تعارض العقل السليم، بل تتماشى بموجبه، وقد ذكر ابن القيم -رحمه الله- قصة أعرابيٍّ قدم إلى النبي فأسلم لمَّا عرف دعوته، فقيل له: عن أيّ شيءٍ أسلمت؟ وما رأيت منه مما دلّك على أنه رسول الله؟! قال: ما أمر بشيء وقال العقل ليته نهى عنه! ولا نهى عن شيء فقال العقل ليته أمر به!

(١) أخرجه البخاري (٥٢) ومسلم (١٥٩٩) واللفظ له، من حديث النعمان بن بشير -رضي الله عنهما-.

ولا أحلّ شيئًا فقال العقل: ليته حرّمه! ولا حرّم شيئًا فقال العقل: ليته أباحه.

وقد علّق ابن القيم رحمه الله على هذه القصة، فقال: «فانظر إلى هذا الأعرابي، وصحة عقله وفطرته، وقوة إيمانه، واستدلاله على صحة دعوته بمطابقة أمره لكل ما حَسُنَ في العَقل، وكذلك مطابقة تحليله وتحريمه.

ولو كان جهة الحسن والقبح والطيب والخبث مجرد تعلُّق الأمر والنهي والإباحة والتحريم به، لم يحسن منه هذا الجواب، ولكان بمنزلة أن يقول: وجدته يأمر وينهى، ويبيح ويحرّم. وأيُّ دليل في هذا؟!»[٢].

ومن تلك الأوامر والنواهي: ما ورد في أبواب المعاملات، فهي وإن كان الأصل فيها الإباحة إلا أنَّ هناك أدلة من القرآن والسنة نهت عن بعض صور البيع. والنهي هو لمصلحة المتعاقدين أولاً وآخراً، وإن كان المتعاقدان لا يشعران بذلك عند بداية العقد أو عند انتهائه، لكن متى ما ركنا إلى العقل السليم وجدا أنهما ما أُمِرا وما نُهيا إلا من أجل مصالحهما.

والموضوع الذي بين يدي الآن هو موضوع: التصرف في المبيع قبل القبض بالبيع.

أهمية الموضوع وأسباب اختياره:

تبرز أهمية هذا الموضوع وأسباب اختياره في أمور منها:

١- أن البيع والشراء معاملة تتكرر كلَّ وقت لفئة كثيرة من الناس، ولهذا ينبغي لكل بائع ومشترٍ أن يُدرك متى يجوز له بيع المبيع، ومتى لا يجوز.

٢- أن المعاملات في العصر الحاضر كثُرتْ وتنوَّعتْ، وأشكل بعضها على بعض المتعاقدين، فظنوا في بعضها أن القبض ليس شرطٌ في البيع، ومن جهة أخرى اشترطوا

(٢) مدارج السالكين: ١/٢٥٩.

أمورًا اجتهادية في القبض والتصـرف في المبيع ، فضيَّقوا على أنفسهم وأمروا غيرهم بذلك، مع أن هذه الأمور لا تُلزم البائع ولا المشتري.

٣- أن بعض صور البيع قد لا يتصور البعض القبض فيها، ولذا تعجَّلوا في التصرف في المبيع ظنًّا منهــم أنّ القبض ليس شرطًا في مثل هذه الصور، أو لأنهم لا يتصورون وجود القبض في مثل هذه المبايعات.

٤- إنْ كانــت صور البيع محصورة في زمن الفقهــاء السابقين رحمهم الله وكانت ضوابط التصرف في المبيع قبل قبضه ظاهرة يسيرة؛ إلا أنه مع تطور الوسائل، وتقارب المسافــات ازدادت هذه الصور وتنوَّعتْ، وأشكل بعضها حتى على بعض طلبة العلم، في الحديث عــن هذا الموضوع ، وذكْرِ ضوابطه، وتحرير محل النزاع فيه، وذِكْرِ أقوال الفقهاء وأدلتهم، والراجح منها، ومن هنا يُرجى النفع بإذن الله.

٥- أننــي لم أجــد –في ما اطلعتُ عليه- بحثــاً يذكر هذه المسألــة بأقوالها وأدلتها والراجــح منهــا، فأحببــتُ أن أكتب في هذا الموضــوع رغبةً منِّــي في أن تكون هذه الوريقات في متناول الجميع ، ولا أدعــي أنني سأضيف شيئاً جديداً إلى أقوال الفقهاء وآرائهــم –رحمهم الله-، وإنما سأذكر بعض الصور وبعض الضوابط التي يمكن إنزالها على بعض صور القبض.

منهج البحث:

سرتُ في هذا البحث على المنهج التالي:

أولاً: ذكرتُ بعض التعريفات المتعلقة بالبحث لغةً واصطلاحًا.

ثانيًا: ذكرتُ بعض الألفــاظ ذات الصلة بهذا الموضوع ؛ حتى لا تشتبه على القارئ

أثناء ذكر الأقوال، والأدلة، والترجيح.

ثالثاً: ذكرتُ قبل ذكر أقوال الفقهاء رحمهم الله صورة المسألة بعد تحرير محل النزاع فيها، ثم ذكرتُ أقـوال الفقهاء معزوّةً إليهم، ثم ذكرتُ ما استدل به أصحاب كلِّ قولٍ مرتِّبـاً للأدلـة على النحو التالي: الكتـاب – والسنّة – والآثار ومـا ذكره الفقهاء من تعليلات – إن وُجِدَتْ –، وبعد ذلك أذكر القول الراجح بناء على ما ظهر لي من سياق الأدلة ومناقشة العلماء لها، ثم ذيّلت ذلك بمناقشة أدلة الأقوال المرجوحة، مختتِمًا هذا كلَّه بذكر ثمرة الخلاف.

رابعًا: قمتُ بعزو الآيات، وترقيمها وكتابتها بالرسم العثماني.

خامسًا: خرّجتُ الأحاديث في هذا البحث على النحو التالي:

(أ) إن كان الحديث في الصحيحين أو في أحدهما اكتفيتُ بذلك بدءاً بالبخاري ثم مسلم.

(ب) إن لم يكـن الحديـث في الصحيحين اجتهدت في تخريجـه من باقي الكتب السبعـة وغيرها على الترتيب التـالي: أبو داود –الترمـذي – النسائي - ابن ماجه - مسند الإمام أحمد.

(جـ) التزمتُ في كل الأحاديث والآثار التي وردت في هذا البحث بذكر من خرّج اللفظ المستدَلِّ به.

سابعًا: ترجمـتُ للأعلام المذكورين في هـذا البحث،واستثنيتُ من هذه التراجم: الصحابة والفقهاء المشهورين، كالأئمة الأربعة، وشيخ الإسلام ابن تيمية، وابن القيم.

وجعلت الترجمة مختصرة تناسب حجم البحث، وهي تشمل -غالباً -اسم العَلَم، وسنة ولادته – إِنْ وُجِدَتْ –، وسنة وفاته.

المبحث الأول

وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: تعريف البيع

وفيه مسألتان:

المسألة الأولى

تعريف البيع لغةً لفظ البيع عند أهل اللغة من الأضداد، فيطلق على البيع والشراء.

قال ابن فارس[٣]: «الباء والياء والعين أصلٌ واحدٌ، وهو بيع الشيء، وربما سمي الشِّراء بيعاً، والمعنى واحد، قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: (لا يَبِعْ أَحَدُكُمْ عَلَى بَيْعِ أَخِيْهِ)[٤]»[٥].

وقال صاحب العين: «العرب تقول: بعت الشيء بمعنى اشتريته، ولا تبع بمعنى لا تشتر، وبعته فابتاع أي اشترى»[٦].

وقال الجوهري[٧] في الصحاح: «ويقال للبائع والمشتري: البيّعان والابتياع: الاشتراء،

(٣) هو أبو الحسين أحمد بن فارس بن زكريا بن محمد بن حبيب القزويني المعروف بالرازي المالكي، كان رأساً في الأدب، بصيراً بفقه مالك، مناظراً متكلماً على طريقة أهل الحق، توفي في سنة تسعين وثلاثمائة بالري، وقيل: إنه توفي في صفر سنة خمس وسبعين وثلاثمائة بالمحمدية، والأول أشهر.
(معجم الأدباء ١٤/ ٩٨، ووفيات الأعيان ١ / ١٨، وسير أعلام النبلاء ١٧ / ١٠٣)

(٤) أخرجه أحمد (٣١٨/٢) من حديث أبي هريرة، وأخرجه النسائي بلفظ " لا يبيع " (٤٥٠٧) من حديث ابن عمر .

(٥) معجم مقاييس اللغة لابن فارس: ٣٢٧/١.

(٦) كتاب العين: ١/ ١٧٦.

(٧)هو أبو نصر إسماعيل بن حماد التركي اللغوي أحد أئمة اللسان، قال ياقوت: كان من أعاجيب الزمان ذكاء وفطنة وعلماً، وأصله من بلاد الترك من فاراب، وتوفي في سنة ثلاث وسبعين وثلاثمائة، وقيل: ثلاث وتسعين وثلاثمائة، وقيل: مات متردياً من سطح جامع نيسابور.
(يتيمة الدهر ٤٠٦/٤، وشذرات الذهب ٣/ ١٤٢، وكشف الظنون ١٧٠١/٢).

وبايعته من البيـع والبيعة جميعاً، والتبايع مثله، واستبعته الشـيء، أي سألته أن يبيعه منّي»[٨].

المسألة الثانية

تعريف البيع اصطلاحاً: عرّفه الحنفية بقولهم: «البيع: تمليك مال بمال»[٩].

وعرّفه بعضهم بقوله: «مبادلة المال بالمال بالتراضي»[١٠].

وعرّفه المالكية بقولهم: «البيع: عقد معاوضة على غير منافع ولا متعة لذة»[١١].

وعرّفه بعضهم بقوله: «دفع عوض في معوّض»[١٢].

وعرّفه الشافعية بقولهم: «البيع: مقابلة مال بمال أو نحوه»[١٣].

وعرّفه بعضهم بقوله: «مقابلة مال بمال على وجه مخصوص»[١٤].

وعرّفه الحنابلة بقولهم: «مبادلة المال بالمال لغرض التملّك»[١٥].

وعرّفه بعضهم بقوله: «البيع: مبادلة المال بالمال تمليكاً وتملّكاً»[١٦].

وعرّفه بعضهم بقوله: «مبادلة المال بالمال على الوجه المشروع»[١٧].

---

(٨) الصحاح للجوهري: ٣/ ١١٨٩.

(٩) طلبة الطلبة: ص٢٣٦، وانظر: التعريفات ص٧٤.

(١٠) فتح القدير: ٦/٢٤٦، وانظر: العناية على الهداية: ٦/٢٤٦.

(١١) حدود ابن عرفة مع شرحه للرصاع: ١/٣٢٦، منح الجليل: ٤/٤٣٣، الشرح الكبير للدردير، مطبوع بهامش حاشية الدسوقي: ٣/٢، وحاشية الدسوقي: ٣/٢.

(١٢) مواهب الجليل شرح مختصر خليل: ٤/٢٢٢، وانظر: الشرح الصغير للدردير، مطبوع بهامش بلغة السالك: ٢/٢، بلغة السالك لأقرب المسالك: ٢/٢.

(١٣) روضة الطالبين: ٣/٣٣٨.

(١٤) مغني المحتاج للشربيني: ٢/٣.

(١٥) المقنع، مطبوع مع الشرح الكبير والإنصاف: ١١/٥، الإنصاف: ٥/ ٢.

(١٦) المغني: ٦/٥، الشرح الكبير: ١١/٥.

(١٧) الدر النقي: ٢/ ٤٤٠.

وإذا نظرنا إلى تعريفات الفقهاء نجد الاتفاق في المعنى العام للبيع وهو: مبادلة مال بمال، لكن تزيد بعض التعريفات إما شرطاً كالتراضي، وإما مزيد إيضاحٍ بذكر ما يدخل في التعريف وما يخرج منه.

المطلب الثاني: تعريف القبض

وفيه مسألتان:

المسألة الأولى

تعريف القبض لغةً

القبض عند أهل اللغة يطلق على عدة معان، منها: الإسراع، والأخذ، والملك، وهو أيضاً ضد البسط.

جاء في مجمل اللغة: «القبض مصدر قبضت قبضاً، والقبض الإسراع، في قوله تعالى: ﴿أَوَلَمْ يَرَوْا إِلَى الطَّيْرِ فَوْقَهُمْ صَافَّاتٍ وَيَقْبِضْنَ مَا يُمْسِكُهُنَّ إِلَّا الرَّحْمَنُ ۝١٩﴾ الملك: ١٩ والعرب تقول للسائق العنيف: قبّاض وقبّاضة»[١٨].

وجاء في مختار الصحاح: «قبض الشيء أخذه، والقبض أيضاً ضد البسط، وبابهما ضرب، ويقال: صار الشيء في قبضك وفي قبضتك أي في ملكك، والانقباض ضد الانبساط، و انقبض الشيء صار مقبوضاً، والقبضة بالضم ما قبضت عليه من شيء، يقال: أعطاه قبضة من سويق أو تمر أي كفّاً منه، وربما جاء بالفتح»[١٩].

وجاء في المغرِب: «القبض خلاف البسط، ويقال: قبض عليه بيده إذا ضم عليه أصابعه، ومنه مقبض السيف، وقبض الشيء أخذه، وأعطاني قبضة من كذا، وهذا

(١٨) مجمل اللغة: ٧٤١/٣.

(١٩) مختار الصحاح: ص٥١٩.

الشيء قبضة فلان أي في ملكه وتصرفه»[20].

وجاء في المصباح المنير: «قبض الله الرزق قبضاً من باب ضرب، خلاف بسطه ووسعه، وقد طابق بينهما بقوله: ﴿وَٱللَّهُ يَقۡبِضُ وَيَبۡصُۜطُ وَإِلَيۡهِ تُرۡجَعُونَ ٢٤٥﴾ البقرة: ٢٤٥ وقبضت الشيء قبضاً أخذته، وهو في قبضته أي ملكه، وقبضت قبضة من تمر بفتح القاف والضم لغة، وقبض عليه بيده ضم عليه أصابعه، ومنه مقبض السيف وزان مسجد وفتح الباء لغة، وهو حيث يقبض باليد، وقبضه الله أماته، وقبضته عن الأمر مثل عزلته فانقبض»[21].

المسألة الثانية

تعريف القبض اصطلاحاً

لم أرَ - فيما اطلعت عليه - من كتب الفقهاء رحمهم الله تعريفاً للقبض عدا تعريفاً أو تعريفين ذكرهما بعض الحنفية والمالكية، وهي مع اختلاف العبارات فيها إلا أن معناها يكاد يكون واحداً، والسبب في عدم الإطالة من الفقهاء في تعريف القبض اصطلاحاً - فيما اعتقد - يرجع إلى وضوح معنى القبض في الغالب لدى العامي والمتعلم، إضافة إلى أن كتب اللغة توسعت في ذكر تعريف القبض لغةً، واستشهدوا بأدلة من القرآن الكريم ومن السنة النبوية الشريفة وكذلك من أقوال العرب وأشعارهم، والناظر في تعريفات علماء اللغة يرى أن التعريف الاصطلاحي قريباً منها، ولذلك لم يتعدد تعريف القبض اصطلاحاً في كتب الفقهاء كما تعددت تعريفات المصطلحات الأخرى، ويمكن أن يكون تعريف الفقهاء للحيازة أغنى بعضهم عن ذكر تعريف للقبض باعتبار

(٢٠) المغرب: ٢/١٠٧.

(٢١) المصباح المنير: ٢/٤٨٧.

أن القبض يرادف الحيازة بالمعنى الأعم، وربما استغنى بعضهم عن تعريف القبض بتعريفه للتخلية، إذ يرى أن القبض هو التخلية، وهذا ما نص عليه الكاساني[٢٢] في بدائع الصنائع[٢٣].

وغالب من رأيت من الباحثين إنما يعزون لتعريف الكاساني في "البدائع" فيذكرونه بنصه وأحياناً يستنبطون من كلام ابن جزي[٢٤] في القوانين الفقهية ما يجعلونه تعريفاً للقبض، ومثل ذلك ما ذكره الرصّاع[٢٥] في شرحه لحدود ابن عرفة[٢٦].

وربما ذُكر تعريف القبض في كتب التعريفات المعاصرة وهي لا تخرج غالباً عن التعريف المذكور عند الفقهاء.

ومن الفقهاء الذين عرّفوا القبض اصطلاحاً: الكاساني، فعرّفه بقوله: «معنى القبض هو التمكين والتخلي وارتفاع الموانع عرفاً وعادة حقيقةً»[٢٧].

وعرّفه بعضهم بأنه: حيازة للشيء ووضع اليد عليه[٢٨].

وأشار الرصاع في شرحه على حدود ابن عرفة إلى أن القبض يكون حسياً وحكمياً[٢٩]

---

(٢٢) هو أبو بكر بن مسعود بن أحمد علاء الدين الكاساني، فقيه أصولي، توفي سنة سبع وثمانين وخمسمائة. الفوائد البهية في تراجم الحنفية ٥٣، والجواهر المضية ٢ / ٣٣٩، ومعجم المؤلفين ١/ ٤٤٦.

(٢٣) ينظر : بدائع الصنائع: ٥/ ٢٤٤.

(٢٤) هو محمد بن أحمد بن جزي الكلبي الغرناطي، ولد سنة ثلاث وتسعين وستمائة، وتوفي سنة إحدى وأربعين وسبعمائة. الدرر الكامنة ٣ / ٤٤٦، ونيل الابتهاج بتطريز الديباج ٢٣٨، وشجرة النور الزكية ٢١٣/١

(٢٥) هو أبو عبد الله محمد بن قاسم الأنصاري التونسي، توفي سنة أربع وتسعين وثمانمائة. شجرة النور الزكية ٢٥٩، وفهرس الفهارس ١/ ٤٣٠.

(٢٦) هو محمد بن محمد بن عرفة الورغمي التونسي المالكي، برع في عدة علوم، ولد سنة ست عشرة وسبعمائة، وتوفي سنة ثلاث وثمانمائة.
بغية الوعاة ٢٢٩، والبدر الطالع ٢ /٢٥٥، وشجرة النور الزكية ٢٢٧.

(٢٧) بدائع الصنائع: ٥/ ١٤٨.

(٢٨) ينظر: البهجة في شرح التحفة: ١/ ١٦٨.

(٢٩) ينظر: شرح حدود ابن عرفة للرصاع: ١/ ٣٤٤.

ولم يذكر التعريف كاملاً باعتباره واضحاً – كما أسلفت – .

المطلب الثالث
الألفاظ ذات الصلة بالقبض

هناك ألفاظ قد تشتبه بمصطلح القبض وقد يكون في بعضها شيء من معاني القبض، ولبيان هذه الألفاظ ذات الصلة أذكر هذه الألفاظ بتعريفها اللغوي والاصطلاحي.

(أ) التخلية:

التخلية لغةً:

التخلية في اللغة: جعل الشيء خاليًا، أي: فارغًا، وهو مصدر خلَّى بمعنى ترك. ومن معانيها الإعراض[٣٠].

قال ابن فارس: "الخاء واللام والحرف المعتل أصلٌ واحد يدلُّ على تعرِّي الشَّيء من الشيء. يقال هو خِلْوٌ من كذا، إذا كان عِرْواً منه. وخَلَت الدار وغيرُها تخلُو)[٣١].

وقال ابن منظور[٣٢]: (خلا) أي: خَلا المكانُ والشيءُ يَخْلُو خُلُوّاً وخَلاءً وأَخْلَى إِذا لم يكن فيه أَحد ولا شيء فيه وهو خالٍ، خلّى الأمر وتخلّى منه وعنه، وخالاه: تركه، وخالا فلاناً: تركه[٣٣].

(٣٠) ينظر : تاج العروس: ١٠ /١١٨.

(٣١) معجم مقاييس اللغة لابن فارس (ج ٢ / ص ٢٠٤).

(٣٢) هو محمد بن مكرم بن علي أبو الفضل جمال الدين بن منظور الأنصاري الرويفعي الإفريقي، الإمام اللغوي الحجة من نسل رويفع ابن ثابت الأنصاري، ولد بمصر، وقيل: بطرابلس المغرب سنة ثلاثين وستمائة وتوفي في مصر سنة إحدى عشرة وسبعمائة. (شذرات الذهب ٤/٢٦، والأعلام ٧/١٠٨).

(٣٣) لسان العرب: ١٤/٢٣٨.

التخلية اصطلاحاً:

تكاد تعريفات الفقهاء رحمهم الله للتخلية تكون متقاربة، فالمعنى العام للتخلية عندهم هو: ألا يجعل البائع بين المشتري والسلعة أي مانع من قبضها، فيستفيد المشتري من السلعة مباشرة، ويستفيد البائع من الثمن كذلك، وعلى هذا جاءت تعريفاتهم، ومنها:عرّف الكاساني التخلية بقوله:«القبض عندنا هو التخلية والتخلي وهو أن يخلّي البائع بين المبيع وبين المشتري برفع الحائل بينهما على وجه يتمكن المشتري من التصرف فيه فيجعل البائع مسلماً للمبيع والمشتري قابضاً له»(٣٤).

وعرّفها ابن نجيم(٣٥) بأنها: «التسليم»(٣٦).

وعرّفها الزيلعي(٣٧) بأنها:«رفع الموانع »(٣٨).

وعند ابن عابدين(٣٩) التخلية هي:«رفع الموانع بأن يضع المال بين يدي المولى بحيث لو مد يده أخذه»(٤٠).

وجاء تعريفها عند المالكية بأنها:«تمكين البائع المشتري من السلعة»(٤١).

وجاء أيضاً تعريفها عند كلامهم على قبض العقار:«وجعلوه بالتخلية بينه وبين

(٣٤) بدائع الصنائع: ٥/ ٢٤٤.

(٣٥) هو زين الدين بن إبراهيم بن محمد بن محمد المصري الحنفي الشهير بابن نجيم، توفي سنة سبعين وتسعمائة. (شذرات الذهب ٨ / ٣٥٨، ومعجم المؤلفين ١ / ٧٤٠).

(٣٦) الأشباه والنظائر لابن نجيم: ٢١٠ . لكن ذكر أنه يستثنى من قوله التخلية تسليم مسائل معينة ذكرها بعد ذلك.

(٣٧) هو عثمان بن علي بن محجن الزيلعي، توفي سنة ثلاث وأربعين وسبعمائة. (الفوائد البهية ١١٥، وتاج التراجم ٤١، والدرر الكامنة ٣ / ٦١).

(٣٨) تبيين الحقائق: ٢ / ٢٥٥ والملاحظ أن هذا التعريف جاء في كتاب الطلاق باب الرجعة.

(٣٩) هو محمد أمين بن عمر بن عبد العزيز بن عابدين الدمشقي،ولد سنة ثمان وتسعين ومائة وألف، وتوفي سنة اثنتين وخمسين ومائتين وألف . (الأعلام ٦ / ٤٢).

(٤٠) حاشية ابن عابدين: ٣/٧١٠.

(٤١) ينظر : التلقين:٢/٣٧١.

المشتري وتمكنه من التصرف فيه»[٤٢]. وكذا جاء تعريف التخلية عند الشافعية عند تحدثهم عن قبض العقار فذكروا أن التخلية هي: «تمكين المشتري من التصرف في المبيع »[٤٣].

وكذا عند الحنابلة، فقد جاء تعريف التخلية عندهم بأنها: «الترك والإعراض»[٤٤].

وجاء ذكر التخلية عند ابن قدامة[٤٥] في أكثر من موضع، وكلها تدل على تسليم المبيع للمشتري[٤٦]، ومثال ذلك ما ذكره عند حديثه عند قبض العقار حيث قال: «وإن كان مما لا ينقل ويحول فقبضه التخلية بينه وبين مشتريه لا حائل دونه»[٤٧].

وكذا جاء هذا المعنى في كشاف القناع[٤٨]، وفي مطالب أولي النهى[٤٩].

وبعد عرض تعريفات الفقهاء رحمهم الله للتخلية يتبين: أن الفرق بينها وبين القبض من وجهين:

أولهما: أن التخلية نوع من أنواع القبض، فهي خاصة بما لا ينقل ويحوّل[٥٠].

وثانيهما: أن التخلية تكون من قِبل البائع، والقبض من قِبل المشتري[٥١].

---

(٤٢) الشرح الكبير بهامش حاشية الدسوقي: ١٤٥/٣، وحاشية الدسوقي: ٣/ ١٤٥.

(٤٣) ينظر: شرح جلال الدين المحلي على منهاج الطالبين: ٢١٥/٢، وحاشية القليوبي: ٢١٥/٢، وحاشية عميرة: ٢١٥/٢.

(٤٤) المطلع على أبواب المقنع: ٢٣٨/١١.

(٤٥) هو عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة بن مقدام بن نصر بن عبد الله المقدسي الفقيه الزاهد الإمام أحد الأعلام ولد سنة إحدى وأربعين وخمسمائة، وتوفي سنة ست وعشرين وستمائة، وقيل: غير ذلك.
(معجم البلدان٢/ ١٨٦، والذيل على طبقات الحنابلة٢/١٣٣، والمقصد الأرشد في ذكر أصحاب أحمد٢/ ١٥، ومختصر طبقات الحنابلة٤٥، وفوات الوفيات ١٥٨/٢)

(٤٦) ينظر: المغني: ١٢٦/٦، ١٨٧، ٤٥٠.

(٤٧) المغني: ٦ / ١٨٧.

(٤٨) ينظر: كشاف القناع: ٢٤٧/٣.

(٤٩) ينظر: مطالب أولي النهى: ٣/ ١٥٣.

(٥٠) ينظر: الشرح الكبير بهامش حاشية الدسوقي: ٣/ ١٤٥، والوجيز: ١/ ١٤٦، والمغني: ١٥ / ١٨٧، وكشاف القناع: ٣/ ٢٤٧.

(٥١) ينظر: بدائع الصنائع: ٥ / ٢٤٤، ومغني المحتاج: ٢/ ٧٢.

(ب) التسليم:

التسليم لغة:

يطلق التسليم في اللغة على عدة معان، منها: السلام، والرضا بالحكم، والقبض، والأخذ.

والمعنيان الأخيران هما المقصودان في بحثنا هذا.

قال ابن فارس: "وسلّمت إليه الشيء، فتسلّمه: أي أخذه، والتسليم بذل الرضا بالحكم، والتسليم: السلام... والتَسَالُمُ: التَصَالُح "(٥٢).

وقال ابن منظور: "وتسلَّمه منِّي: قبَضه، وسلّمتُ إليه الشيء فتسلَّمهُ أي أخذه، والتسليم: بذل الرضا بالحكم، والتسليم: السلام "(٥٣).

التسليم اصطلاحاً:

غالب تعريفات الفقهاء رحمهم الله على أن التسليم بمعنى التمكين من القبض والانتفاع بالمبيع، وقد جاء هذا المعنى عند كلامهم عن أنواع القبض، وبعضهم يذكره عند حديثه عن التخلية ويرى أنها بمعنى التسليم.

وهذا التسليم يحصل بالتخلية عند الحنفية(٥٤)، كما جاء في بدائع الصنائع: «وأما تفسير التسليم والقبض فالتسليم والقبض عندنا هو التخلية»(٥٥).

وجاء أيضاً في البدائع: «نعني بالتسليم التخلية، والتمكين من الانتفاع برفع الموانع

(٥٢) الصحاح للجوهري: ٥/ ١٩٥٢.
(٥٣) لسان العرب: ١٢ / ٢٩٥ ، وانظر: أنيس الفقهاء: ٩٦.
(٥٤) ينظر: الأشباه والنظائر لابن نجيم: ٢١٠، والعناية شرح الهداية: ٣/٣٣٢، والبحر الرائق: ٤/١٩٤، والدر المختار: ٦/ ٥١٤، ومجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر: ٢/١٩.
(٥٥) بدائع الصنائع: ٥/ ٢٤٤، والمبسوط: ١٢/٥٦.

في إجارة المنازل ونحوها»(٥٦).

وجاء في تبيين الحقائق: «التسليم وهو رفع الموانع والتخلية بينه وبين المسلّم إليه»(٥٧).

وجاء في البناية في شرح الهداية: «لا بد من معرفة كيفية التسليم والتسلم ومكان التسلّم: التخلية بين المشتري وبين المبيع من غير مانع من قبضه، وبه يدخل المبيع في ضمان المشتري»(٥٨).

وهذا المعنى أيضاً جاء عند المالكية(٥٩)، وعند الشافعية(٦٠)، وعند الحنابلة(٦١) إذا كان المبيع عقاراً، وأما في المنقول فبحسبه أو بالعرف، كما سيأتي في كيفية القبض.

(جـ) الحيازة:

الحيازة لغةً:

قال الجوهري: «الحوز الجمع وكل من ضمّ إلى نفسه شيئاً فقد حازه حوزاً وحيازة، واحتازه أيضاً»(٦٢). وهذا المعنى هو الذي ذكره كثير من علماء اللغة(٦٣).

الحيازة اصطلاحاً:

يذكر كثير من الفقهاء رحمهم الله الحيازة في كتاب البيع(٦٤) وأحياناً في كتاب

---

(٥٦) بدائع الصنائع: ١٧٩/٤، وجاء هذا المعنى أيضاً عند الحديث عن النفقة: ١٨/٤.
(٥٧) تبيين الحقائق: ٢/ ١٤٢.
(٥٨) البناية في شرح الهداية: ٧١/٧.
(٥٩) ينظر: القوانين الفقهية: ١٦٤، والشرح الكبير بهامش حاشية الدسوقي: ١٤٥/٣، وحاشية الدسوقي: ٣/ ١٤٥.
(٦٠) ينظر: الحاوي الكبير: ٥/ ٢٢١، ومغني المحتاج: ٢ / ٧١ .
(٦١) ينظر: المغني: ١٢٦/٦،وشرح الزركشي: ٥٤٠/٣، والمبدع: ١٩٤/٤، ومعونة أولي النهى: ٥/ ١٣٦.
(٦٢) الصحاح: ٨٧٥/٣.
(٦٣) ينظر: معجم مقاييس اللغة: ٢/ ١١،ومجمل اللغة: ١/ ٢٥٧، ولسان العرب: ٥/ ٣٣٩.
(٦٤) ينظر: بدائع الصنائع: ١٢٠/٦.

النكاح(٦٥) وكتـاب الشركة (٦٦) وكتاب الهبـة(٦٧) وكتاب الجهـاد(٦٨) وكتاب القضاء، وكتاب الشهادات(٦٩) وغير ذلك، وغالب تعريفاتهم للحيازة أنها بمعنى القبض والتملّك.

جاء في المبسوط قوله: «لأن القبض عبارة عن الحيازة وهو أن يصير الشيء في حيّز القابض»(٧٠).

وجـاء في بدائـع الصنائع : «والمـراد من الحيـازة القبض»(٧١)، وكذا جـاء في تبيين الحقائق (٧٢).

وجاء أيضـاً تعريف الحيازة بأنها القبض والتملّك عنـد المالكية، ففي المدونة: «قلت: أرأيت إن وهبت لرجل أرضاً، كيف القبض في قول مالك ؟ قال: الحيازة إذا حازها فقد قبضها، عند مالك»(٧٣)، وكذا جاء في الاستذكار قوله: «ومعنى الحيازة القبض بما يقبض به مثل تلك الهبة»(٧٤)، وكذا جاء في شرح حدود ابن عرفة(٧٥).

ولم تخرج أيضاً تعريفات الشافعية للحيازة بأنها القبض والتملّك(٧٦).

---

(٦٥) ينظر: تبيين الحقائق ٣٢٢/٣.

(٦٦)ينظر: الاستذكار: ٣٠٢/٢٢.

(٦٧) ينظر: تحرير ألفاظ التنبيه: ٣١٧، ومغني المحتاج: ١٠٣/٣، وبجيرمي على الخطيب: ٢٢٤/٤، و شرح جلال الدين المحلي على منهاج الطالبين: ٣/ ١٩٤.

(٦٨) ينظر: بدائع الصنائع: ١٢٠/٦.

(٦٩) ينظر: الكافي: ٣٠٤/٤، والإنصاف: ٢١٥/١٠، والشرح الكبير: ٢٠٥/١٠.

(٧٠) المبسوط: ٦٥/١٢.

(٧١) بدائع الصنائع: ١٢٠/٦.

(٧٢) ينظر: تبيين الحقائق ٣٢٢/٣.

(٧٣) المدونة: ٤/ ٣٣١.، ومغني المحتاج: ١٠٣/٣

(٧٤) الاستذكار: ٣٠٢/٢٢.

(٧٥)ينظر: شرح حدود ابن عرفة: ٢/ ٥٧٤.

(٧٦) ينظر: تحرير ألفاظ التنبيه: ٣١٧، ومغني المحتاج: ١٠٣/٣، والبجيرمي على الخطيب: ٢٢٤/٤، و شرح جلال الدين المحلي على منهاج الطالبين: ٣/ ١٩٤.

وهذا المعنى أيضاً هو الذي ورد عند الحنابلة[٧٧].

المبحث الثاني
أقوال الفقهاء في التصرف في المبيع

وفيه خمسة مطالب:

المطلب الأول
صورة المسألة

يذكر الفقهاء رحمهم الله مسألة القبض في المبيع في كتاب البيوع وأحياناً يذكرونها في باب خيار القبض، وصورة المسألة: هل يجوز أن يبيع الشخص السلعة قبل أن يقبضها، ويستطيع التصرف فيها، أو لا يجوز أن يبيعها حتى يقبضها وتكون في متناول يده؟

المطلب الثاني
أنواع المبيع بالنسبة للقبض

اختلفت عبارات الفقهاء رحمهم الله في كيفية القبض، فيفرقون بين قبض العقار وقبض المنقول وبعضهم يفرق بين قبض الطعام وغيره، وبعضهم يفرق بين قبض المكيل والموزون والمعدود والمذروع وغير ذلك، ومع ذلك يذكرون أن القبض لم يرد تحديده في الشرع، فيرجع فيه إلى العرف والعادة، ويقولون: قبض كل شئ بحسبه.

(٧٧) ينظر: الكافي: ٣٠٤/٤، والإنصاف: ٢١٥/١٠، والشرح الكبير: ٢٠٥/١٠.

قال الخطابي[٧٨]: «القبوض تختلف في الأشياء حسب اختلافها في أنفسها، وحسب اختلاف عادات الناس فيها»[٧٩].

وجاء في بدائع الصنائع قوله: «معنى القبض هو التمكين والتخلي وارتفاع الموانع عرفاً وعادة حقيقةً»[٨٠].

وجاء في الكافي: «كل ما اشتريت من العروض كلها الحيوان والعقار والثياب وغير ذلك ما خلا البيع من الطعام على الكيل فلا بأس عند مالك أن يبيع ذلك قبل أن يقبضه... وأما ما ابتعت من الطعام على الكيل فلا يجوز لك بيعه حتى تكتاله وتستوفيه وكذلك ما ابتعت منه وزناً أو عدداً لم يجز بيع شيء من ذلك حتى يقبضه ويستوفيه بالوزن أو بالعدة أو بالكيل على حسب سنته في موضعه»[٨١].

وجاء في المهذب: «والقبض فيما ينقل النقل... وفيما لا ينقل كالعقار والثمر قبل أوان الجداد التخلية، لأن القبض ورد به الشرع وأطلقه فحمل على العرف، والعرف فيما ينقل النقل، وفيما لا ينقل التخلية»[٨٢].

وجاء في الكافي لابن قدامة: «وقبض كل شيءٍ بحسبه، المكيل المبيع مكايلة قبضه كيله... وقبض الذهب والفضة والجوهر باليد، وسائر ما ينقل قبضه نقله، وقبض الحيوان أخذه بزمامه، أو تمشيته من مكانه، وما لا ينقل قبضه التخلية بينه وبين مشتريه وبينه، لا حائل دونه؛ لأن القبض مطلق في الشرع، فيجب الرجوع فيه إلى العرف، كالإحياء والإحراز،

---

(٧٨) هو حمد بن محمد بن إبراهيم بن الخطاب الخطابي البستي، كان رحمه الله فقيهاً محدثاً له التصانيف البديعة، ولد سنة بضع عشرة وثلاثمائة، وتوفي سنة ثمان وثمانين وثلاثمائة.
(سير أعلام النبلاء ١٧ /٢٣، وتذكرة الحفاظ ٣ / ١٠١٨)

(٧٩) معالم السنن: ٥/١٣٧.

(٨٠) بدائع الصنائع: ٥/ ١٤٨.

(٨١) الكافي في فقه أهل المدينة: ٢/ ٦٦١.

(٨٢) المهذب: ١/ ٣٥٠.

والعادة ما ذكرناه، وعنه: أن القبض في جميع الأشياء بالتخلية، مع التميز،لأنه قبض فيما لا ينقل فكان قبضاً في غيره »[٨٣].

ومـع أن الفقهاء ذكروا القاعدة: وهي أن القبض إنما يكون بحسب العرف والعادة، إلا أن هـذا يختلـف باختلاف المبيع، فالمبيـع منه ما يحتاج إلى حـق توفية، ومنه ما لا يحتاج إلى حق توفية، وحق التوفية هو استيفاء المشتري للمبيع، وذلك بأن يكال المكيل أو يـوزن الموزون أو يعدّ المعدود، أو يذرع المذروع، أي الأصل فيه أنه يقاس بالذراع، والذراع القديم يساوي(٥٤سم)، فالمشتري لا تدخل في ملكه السلعة إلا إذا وزنها إن كانت موزونة، أو كالها إن كانت مكيلة، أو عدّها إن كانت معدودة، أو ذرعها إن كانت مذروعـة، كما يشترط الفقهاء النقـل، أي: نقل هذه الصبرة إن كانت مكيلة أو معدودة من موضعها، ويقولون: التوفية هي العدد والكيل، والحيازة هي: النقل[٨٤].

المطلب الثالث

تحرير محل النزاع اتفق العلماء على أنه لا يجوز بيع الطعام قبل قبضه[٨٥]

قال في الإفصاح: «واتفقوا على أن الطعام إذا اشترى مكايلة أو موازنة أو معادة، فلا يجوز لـمـن اشتراه أن يبيعه من آخر أو يعارض به حتى يقبضه الأول،وأن القبض شرط في صحة هذا البيع »[٨٦].

وجاء في العناية بعد أن ذكر حديث ابن عباس (في النهي عن بيع الطعام قبل قبضه،

(٨٣) الكافي: ٢/ ٢٩.

(٨٤) ينظر: تيسير فقه المعاملات: ٨٩.

(٨٥) ينظر: المبسوط: ١٣/ ٩، وبدائع الصنائع: ٥/ ١٨٠، وبداية المجتهد: ٢/ ١٥٦، والمعونة: ٢/ ٩٦٩، وروضة الطالبين: ٣/ ٥٠٨، والمجموع: ٩/ ٢٧٠، والمغني: ٦/ ١٨٣، ومطالب أولي النهى: ٣/ ٦١٧، ومراتب الإجماع: ٨٣.

(٨٦): الإفصاح: ١/ ٣٤٣.

قال: (فإن تخصيص الطعام يدل على أن الحكم فيما عداه بخلافه)[٨٧].

وجـاء في بداية المجتهد: «وأما بيع الطعام قبل قبضه فإن العلماء مجمعون على منع ذلك إلا ما يحكى عن عثمان البتّي[٨٨]»[٨٩].

وقال ابن عبد البر: «قول البتّي خلاف السنة الثابتة من أخبار الآحاد العدل، وخلاف الجمهور، فلا معنى له...»[٩٠].

وجاء في المجموع: «فرع في مذاهب العلماء في بيع المبيع قبل القبض، قد ذكرنا أن مذهبنا بطلانه مطلقاً سواء كان طعاماً أو غيره»[٩١].

وقـال النووي[٩٢]: «أما مذهب عثمـان البتّي فحكاه المـازري والقاضي، ولم يحكه الأكـثرون، بل نقلوا الإجمـاع على بطلان بيع الطعـام المبيع قبل قبضـه، قالوا: وإنما الخلاف فيما سواه، فهو شاذ متروك، والله أعلم»[٩٣].

واعتـذر ابن قدامة لمخالفة قول عثمان البتّي للسنة الثابتة بقوله: «وأظنّه لم يبلغه هذا الحديث، ومثل هذا لا يلتفت إليه»[٩٤].

وجـاء في المغني: «وقال ابن المنذر: أجمع أهل العلم على أن من اشترى طعاماً فليس له أن يبيعه حتى يستوفيه، ولو دخل في ضمان المشتري جاز له بيعه والتصرف فيه، كما

(٨٧) العناية، مطبوع مع فتح القدير: ٦/٥١١.

(٨٨) هو عثمان بن سليمان البتي، توفي سنة ثلاث وأربعين ومائة. طبقات الفقهاء ٩١

(٨٩) بداية المجتهد: ٢/١٥٦.

(٩٠) الاستذكار ٢٠/١٥٦.

(٩١) المجموع: ٩/٢٧٠.

(٩٢) هو يحيى بن شرف بن مري بن حسن بن حسين بن محمد الشافعي النووي الدمشقي، ولد سنة إحدى وثلاثين وستمائة، وتوفي سنة ست وسبعين وستمائة.
طبقات الشافعية الكبرى ٨ / ٣٩٥، وطبقات الشافعية ١ /٩ رقم الترجمة "٤٥٤".

(٩٣) شرح النووي على مسلم: ١٠/١٧٠.

(٩٤) المغني ٦/١٨٩.

بعد القبض»[٩٥].

وقال ابن القيم: «وحكي ذلك عن غير واحد من أهل العلم إجماعاً، وأما ما حكي عن عثمان البتّي من جوازه: فإن صح فلا يعتدّ به»[٩٦].

واختلفوا فيما عدا الطعام على أقوال تأتي بالتفصيل، مع ذكر الأدلة والتعليلات في المطلب التالي.

المطلب الرابع
أقوال الفقهاء في التصرف في المبيع قبل قبضه

قد يستغرب الباحث - عند قراءته لمباحث قبض المبيع وأدلته وصوره - من تنازع الفقهاء في بعض هذه المسائل رغم وجود أدلة صريحة صحيحة فيها، ولعل شيخ الإسلام رحمه الله اعتذر عن الفقهاء عند حديثه عن مثل هذه المسائل، فقال: «ولغموض مأخذ هذه المسائل كثر تنازع الفقهاء فيها، ولم يطرد إلى التوهم فيها قياسٌ كما تراه»[٩٧].

وسبق ذكر اتفاق العلماء على منع التصرف في الطعام بالبيع قبل قبضه، والخلاف في بيع ما عدا الطعام من المنقول والعقار قبل القبض، ولذا يمكن ذكر عدة مذاهب للعلماء إذا فصّلنا فيما عدا الطعام فجعلناه عقاراً ومنقولاً ثم جعلنا المنقول أيضاً مكيلاً ونحوه وهو: الموزون، والمعدود، والمذروع، وهذا ما يلحظ على بعض الباحثين، فقد أوصل الخلاف في ذلك إلى ستة أقوال، لكن لتداخل هذه الأقوال رأيت حصرها في

(٩٥) المغني: ٦/١٨٣.
(٩٦) حاشية ابن القيم على مختصر سنن أبي داود: ٥/١٣١.
(٩٧) مجموع الفتاوى: ٢٩/٤٠٣.

أربعة أقوال، هي:

القول الأول: يجوز بيع الدور والأرضين قبل قبضها، وما سوى العقار فلا يجوز بيعه قبل القبض، وهذا قول أبي حنيفة، وقول أبي يوسف(٩٨) الآخِر(٩٩). جاء في تبيين الحقائق: «صح بيع العقار قبل قبضه، وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف»(١٠٠).

القول الثاني: يجوز بيع ما عدا الطعام قبل قبضه، وهذا المشهور من مذهب الإمام مالك(١٠١)، واختاره أبو ثور(١٠٢) وابن المنذر(١٠٣)(١٠٤).

جاء في المعونة: «وما عدا الطعام والشراب من سائر العروض والعبيد والحيوان والعقار وما ينقل ويحوّل وما لا ينقل ولا يحول وما يكال أو يوزن، وما لا يكال ولا يوزن كان عيناً معينة أو سلماً مضموناً في الذمة فبيعه قبل قبضه جائز في الجملة بخلاف الطعام ما لم يعرض في العقد ما يمنع منه»(١٠٥).

القول الثالث: لا يجوز التصرف في المبيع قبل قبضه إذا كان مكيلاً أو موزوناً،

---

(٩٨) هو يعقوب بن إبراهيم بن حبيب بن خنيس بن سعد بن حبتة الأنصاري، وهو صاحب أبي حنيفة، كان فقيهاً عالماً حافظاً، توفي سنة اثنتين وثمانين، وقيل: سنة ثلاث وثمانين ومائة.
(الجواهر المضية في طبقات الحنفية ٢ / ٢٢٠ ومناقب الإمام أبي حنيفة وصاحبيه ٥٧).

(٩٩) ينظر: المبسوط: ٩/١٣، وتبيين الحقائق: ٧٩/٤، والمختار للفتوى مطبوع مع الاختيار ٢ / ٨، والاختيار لتعليل المختار: ٨/٢، والبحر الرائق: ٦ / ١٢٦، والدر المختار: ١٥٥/٥، وحاشية ابن عابدين: ١٥٥/٥.

(١٠٠) تبيين الحقائق: ٧٩/٤.

(١٠١) ينظر: الاستذكار: ١٩ / ٢٥٨، والمعونة: ٩٧٢/٢، والتلقين: ٣٧٠/٢.

(١٠٢) هو إبراهيم بن خالد بن أبي اليمان الكلبي البغدادي، صاحب أبي حنيفة، أخذ الفقه عن الشافعي، توفي سنة ست وأربعين ومائتين.
(طبقات الفقهاء ٩٢، ووفيات الأعيان ١/ ٢٦)

(١٠٣) ينظر: حاشية ابن القيم على مختصر سنن أبي داود: ١٣١/٥.

(١٠٤) هو محمد بن إبراهيم بن المنذر النيسابوري، كان فقيهاً عالماً مطلعاً، توفي سنة تسع أو عشر وثلاثمائة.
وفيات الأعيان ٤ /٢٠٧، وطبقات الشافعية ١/ ٩٩ ترجمة رقم " ٤٤ ".

(١٠٥) المعونة: ٩٧٢/٢.

وهـذا يروى عن عثمـان، وهو مذهب سعيد بن المسيـب(١٠٦)، والحسن(١٠٧)، والحكم، وحمّاد(١٠٨)، والأوزاعي(١٠٩)، وإسحاق(١١٠)، وذكر ابن القيم رحمه الله أن هذا القول هو المشهور من مذهب الإمام أحمد(١١١).

جـاء في الروض المربع :«ومن اشترى مكيلاً ونحوه وهو الموزون والمعدود والمذروع "صـح" البيع "ولزم بالعقـد" حيث لا خيار "ولم يصح تصرفه فيـه" ببيع أو هبة أو إجارة أو رهن أو حوالة "حتى يقبضه"...

"ومـا عداه" أي عدا مـا اشترى بكيل أو وزن أو عـدّ أو ذرع كالعبد والدار "يجوز تصرف المشتري فيه قبل قبضه"(١١٢).

القول الرابع :لا يجوز التصرف في المبيع قبل قبضه مطلقاً، وبه قال الثوري(١١٣) وهـو

(١٠٦) هـو سعيـد بـن المسيب بن حزن بن أبي وهب بن عمـرو بن عائذ بن عمران بن مخزوم القرشي المخزومي، توفي سنة أربع وتسعين،وقيل: غير ذلك. (تهذيب التهذيب ٤ / ٨٤).

(١٠٧) هـو الحسـن بـن أبي الحسن يسار أبو سعيد مولـى زيد بن ثابت الأنصاري، كان سيد أهـل زمانه علماً وعملاً، توفي رحمه الله سنة عشر ومائة.

(طبقات ابن سعد ٧ / ١٥٦، وأخبار القضاة ٢/ ٣).

(١٠٨) هو أبو إسماعيل حماد بن مسلم الكوفي، مولى الأشعريين،كان أحد العلماء الأذكياء والكرام الأسخياء، توفي رحمه الله سـنة عشريـن ومائـة. (الضعفاء ١٠٧، والجرح والتعديل ٣/١٤٦،وطبقات الحفـاظ ٨٤، وتهذيب الكمال ١ / ٣٢٧، وخلاصة تذهيب الكمال ٩٢)

(١٠٩) هو عبد الرحمن بن عمرو بن يحمد الأوزاعي، إمام أهل الشام، ولد سنة ثمان وثمانين للهجرة، وقيل: سنة ثلاث وتسعين، وتوفي سنة سبع وخمسين ومائة.

(حلية الأولياء ٦ / ١٣٥، ووفيات الأعيان ٣ / ١٢٧).

(١١٠) هـو إسحـاق بـن إبراهيـم بن مخلد بن إبراهيم بـن مطر أبو يعقوب الحنظلـي المعروف بابن راهويـه المروزي، أحد الأئمة، ولد سنة إحدى وستين ومائة، وتوفي رحمه الله سنة سبع أو ثمان وثلاثين ومائتين.

(التاريخ الكبير ١/٣٧٩، وسير أعلام النبلاء ١١ /٣٥٨، وتهذيب التهذيب ١/٢١٦).

(١١١) ينظـر: معـالم السـنن للخطابـي: ٥/ ١٣٣، وحاشيـة ابن القيم على مختصـر سنن أبـي داود: ٥/١٣١، والمغني: ٦ / ١٨٩،وشرح منتهى الإرادات:٢/ ٥٨، والروض المربع: ٢٤٦.

(١١٢) الروض المربع: ٢٤٦.

(١١٣) هـو سفيـان بـن سعيـد بن مسروق الثـوري، ولد سنة سـت وتسعين، وقيل: سبـع، ومات سنة إحـدى وستين ومائة. طبقات ابن سعد ٦ / ٢٧١، وطبقات الفقهاء ٨٤

مــــروي عــن جابر بن عبد الله وابــن عباس [١١٤] وهو قول محمد بن الحسن [١١٥][١١٦]، وقــول أبي يوســف الأول [١١٧]، وهو مذهب الشافعية [١١٨]، وهــي الراوية الأخرى عن الإمام أحمــد، اختارها ابن عقيل [١١٩][١٢٠]، وهو اختيار شيــخ الاسلام ابن تيمية رحمه الله [١٢١]، وابن القيم [١٢٢]، وهو قول ابن حزم [١٢٣][١٢٤].

جــاء في بداية المبتدي: «ومــن اشترى شيئاً ممــا يُنقل ويحوَّل لم يجــز له بيعه حتى يقبضه» [١٢٥].

وجاء في المهذب: «ولا يجوز بيع ما لم يستقر ملكه عليه كبيع الأعيان المملوكة بالبيع

---

(١١٤) ينظر: بداية المجتهد: ٢/ ١٥٧.

(١١٥) ينظر: تبيين الحقائق: ٧٩/٤، والأشباه والنظائر: ٢٠٧، والبحر الرائق: ٦ / ١٢٦، والهداية شرح بداية المبتدي مطبوع مع فتح القدير: ٦ / ٥١٣، وفتح القدير: ٦ /٥١٣، والعناية على الهداية: ٥١٢/٦، والاختيار لتعليل المختار: ٢/ ٨.

(١١٦) هو محمد بن الحسن بن فرقد أبو عبد الله الشيباني، صاحب الإمام أبي حنيفة، ولد سنة إحدى وقيل: اثنتين وقيل: خمس وثلاثين ومائة، وتوفي سنة تسع وثمانين ومائة.

الجواهر المضية في طبقات الحنفية ٤٢/٢، والبداية والنهاية ١٠ / ٢١٠، والإيثار بمعرفة رواة الآثار ٢٢

(١١٧) ينظر: المبسوط: ١٣/٩.

(١١٨) ينظر: الأم ٧٠/٣، والمهذب: ٣٤٩/١، والوسيط في المذهب ١٢٣/٢، والبيان في مذهب الإمام الشافعي ٦٨/٥، ومنهاج الطالبين: ٤٩، وشرح النووي على مسلم: ١٠ /١٦٩، واللباب في الفقه الشافعي: ٢٢٠، وذكر عندهم عشرة مواضع يجوز فيها البيع قبل القبض وهي: الوصية، والميراث، ورِزق السلطان، والغنيمة، والوقف، والهبة إذا استرجعت، والصيد المثبت، والسلم، والإجارة، وأن يبيعه من بائعه على أحد الوجهين.

(١١٩) ينظر: المغني: ٦ / ١٨٩.

(١٢٠) هو أبو الوفاء علي بن عقيل البغدادي، قاضي القضاة، الفقيه البغدادي، ولد سنة اثنتين وثلاثين وأربعمائة، ومات يوم الجمعة سنة ثلاث عشرة وخمسمائة.

طبقات الحنابلة ٤٨٢/٣ ، ولسان الميزان ٤ /٢٧٩ .

(١٢١) ينظر: الاختيارات الفقهية: ١٢٦.

(١٢٢) ينظر: حاشية ابن القيم على مختصر سنن أبي داود:١٣٢/٥.

(١٢٣) ينظر: المحلى: ٣/٩.

(١٢٤) هو علي بن أحمد بن سعيد بن حزم بن غالب بن صالح بن خلف بن معدان، صاحب التصانيف، ولد سنة أربع وثمانين وثلاثمائة، وتوفي سنة ست وخمسين وأربعمائة. (سير أعلام النبلاء ١٨ / ١٨٤، ووفيات الأعيان ٣/ ٣٢٥).

(١٢٥) بداية المبتدي مطبوع مع الهداية: ٦ / ٥١٠.

والإجارة والصداق وما أشبهها من المعاوضات قبل القبض»[١٢٦]. وجاء في المغني: «وعن أحمد رواية أخرى: لا يجوز بيع شيء قبل قبضه، اختاره ابن عقيل»[١٢٧].

وقال شيخ الاسلام ابن تيمية: «ومن اشترى شيئاً لم يبعه حتى يقبضه، سواء المكيل والموزون وغيرهما، وهو رواية عن أحمد اختارها ابن عقيل، ومذهب الشافعي، وروي عن ابن عباس، وسواء كان المبيع من ضمان المشتري أولا، وعلى ذلك تدل أصول أحمد»[١٢٨].

وقال أيضاً: «والصواب الذي عليه جمهور العلماء هو ظاهر مذهب الشافعي»[١٢٩].

الأدلّة:

أدلة القول الأول:

استدل من أجاز بيع العقار قبل القبض بأدلة منها:

١- أن ركني البيع وهما الإيجاب والقبول صدرا من أهلهما أي من العاقل البالغ في محلّه وهو المال المملوك، وهو يقتضي الجواز[١٣٠].

٢- أنَّ الهلاك في العقار نادر، والنادر لا يعتدّ به، بخلاف المنقول فإن الهلاك فيه غير نادر[١٣١].

٣- أنَّ بيع العقار قبل القبض في معنى بيع المنقول بعد القبض، فيجوز كما يجوز بيع المنقول بعد القبض[١٣٢].

---

(١٢٦) المهذب: ١/ ٣٤٩.

(١٢٧) المغني: ٦ / ١٨٩.

(١٢٨) الاختيارات الفقهية: ١٢٦.

(١٢٩) مجموع الفتاوى: ٥١١/٢٩.

(١٣٠) ينظر: البناية في شرح الهداية: ٣٢٢/٧

(١٣١) ينظر: البناية في شرح الهداية: ٣٢٢/٧، وتبيين الحقائق: ٨٠/٤، وحاشية الشلبي بهامش تبيين الحقائق: ٨٠/٤، والدر المختار: ١٥٥/٥، وحاشية ابن عابدين: ١٥٥/٥

(١٣٢) ينظر: المبسوط: ٩/١٣.

أدلة القول الثاني:

واستدل من أجاز بيع ما عدا الطعام قبل قبضه مطلقاً، بأدلة منها:

١- عموم قوله جل وعلا: ﴿وَأَحَلَّ ٱللَّهُ ٱلْبَيْعَ وَحَرَّمَ ٱلرِّبَوٰا۟ فَمَن جَآءَهُۥ مَوْعِظَةٌ مِّن رَّبِّهِۦ فَٱنتَهَىٰ فَلَهُۥ مَا سَلَفَ وَأَمْرُهُۥٓ إِلَى ٱللَّهِ﴾البقرة: ٢٧٥[١٣٣].

٢- حديث عَبْدُ اللَّهِ بْنَ عُمَرَ رضي الله عنه: قَالَ: قَالَ النَّبِيُّ صلى الله عليه وسلم: (مَنِ ابْتَاعَ طَعَامًا فَلاَ يَبِعْهُ حَتَّى يَقْبِضَهُ)[١٣٤]. وجه الدلالة: أن النبي صلى الله عليه وسلم خص بيع الطعام بالنهي قبل القبض، فدل على أنّ ما عداه بخلافه[١٣٥].

قال ابن قدامة: «وتخصيص النبي صلى الله عليه وسلم الطعام بالنهي عن بيعه قبل قبضه دليل على مخالفة غيره له»[١٣٦].

٣- حَديثُ عَبْدِ الله بنِ عُمَر رضي الله عنه: أَنَّهُ كَانَ مَعَ النَّبِيِّ صلى الله عليه وسلم في سَفَرٍ، فَكَانَ عَلَى بَكْرٍ لِعُمَرَ صَعْبٍ، فَكَانَ يَتَقَدَّمُ النَّبِيَّ صلى الله عليه وسلم، فَيَقُولُ أَبُوهُ: يَا عَبْدَ اللَّهِ، لاَ يَتَقَدَّمُ النَّبِيَّ صلى الله عليه وسلم أَحَدٌ، فَقَالَ لَهُ النَّبِيُّ صلى الله عليه وسلم: (بِعْنِيهِ)، فَقَالَ عُمَرُ: هُوَ لَكَ، فَاشْتَرَاهُ، ثُمَّ قَالَ: (هُوَ لَكَ يَا عَبْدَ اللَّهِ، فَاصْنَعْ بِهِ مَا شِئْتَ)[١٣٧].

وجه الاستدلال: أن ما ورد في الحديث هو تصرفٌ في المبيع غير المكيل والموزون قبل قبضه[١٣٨].

٤- أنّه إزالة ملك فجاز قبل القبض، كالعتق[١٣٩].

(١٣٣) ينظر: المعونة: ٢/٩٧٢.

(١٣٤) أخرجه البخاري (٢١٣٣) واللفظ له، ومسلم (١٥٢٦) بلفظ "حَتَّى يَسْتَوْفِيَه".

(١٣٥) ينظر: المعونة: ٢/٩٧٢.

(١٣٦) المغني: ٦/ ١٨٦.

(١٣٧) البخاري (٢٦١٠).

(١٣٨) ينظر: حاشية ابن القيم على مختصر سنن أبي داود: ٥/ ١٣٥.

(١٣٩) ينظر: المعونة: ٢/ ٩٧٢.

٥- أنّه أحد نوعي المبيعات فعدم القبض لا يمنع بيعه، أصله المنافع في الإجارة[١٤٠].

٦- أنَّ الشراء نوع يملك به، فجاز أن يباع ما ملك به قبل القبض كالميراث والوصية[١٤١].

أدلة القول الثالث:

واستدل من قال بأنه لايجوز التصرف في المبيع قبل قبضه إذا كان مكيلاً أو موزوناً، بأدلة منها:

١- قال النبي صلى الله عليه وسلم: (اَلْخَرَاجُ بِالْضَّمَانِ)[١٤٢]. قال ابن قدامة: «وهذا المبيع نماؤه للمشتري، فضمانه عليه»[١٤٣].

وقال عبد الله بن عمر رضي الله عنه: (مَا أَدْرَكَتِ الصَّفَقَة حَيّاً مَجمُوعَاً فَهُو مِن الْمُبتَاع)[١٤٤].

وجه الاستدلال: أن المبيع إذا كان معيناً دخل في ضمان المشتري بمجرد العقد ولو لم يقبض[١٤٥].

٢- أنَّ المبيع المعين لا يتعلق به حق توفيته، فكان من مال المشتري كغير المكيل والموزون[١٤٦].

---

(١٤٠) ينظر: المعونة: ٢/٩٧٣.

(١٤١) ينظر: المعونة: ٢/٩٧٣.

(١٤٢) أخرجه أبو داود (٣٥٠٨) واللفظ له، والترمذي (١٢٨٦)، والنسائي (٤٤٩٥)، وابن ماجه (٢٢٤٣)، وأحمد (٦/٤٩)، من حديث عائشة رضي الله عنها.

(١٤٣) المغني: ٦/ ١٨٦.

(١٤٤) أخرجه البخاري معلقاً بصيغة الجزم، في باب: إذا اشترى متاعاً أو دابة فوضعه عند البائع أو مات قبل أن يقبض، انظر: البخاري مع الفتح: ٤/٣٥١.

(١٤٥) ينظر: فتح الباري: ٤/٣٥٢، وكشاف القناع: ٣ / ٢٤٤، وشرح منتهى الإرادات: ٢ /٥٨.

(١٤٦) ينظر: المغني: ٦/١٨٢، والشرح الكبير: ١١ / ٥٠٧، والمبدع: ٤/١١٩.

أدلة القول الرابع:

واستدل من قال بأنه لا يجوز التصرف في المبيع قبل قبضه مطلقاً، بأدلة منها:

١- حديث حكيم بن حزام رضي الله عنه: قلتُ: يا رسولَ اللهِ! إني رجلٌ أبتاعُ هذه البيوعَ، فما يَحِلُّ لي منها وما يحرُمُ عليَّ ؟، قال: (لا تبيعَنَّ شيئًا حتى تقبضَهُ)[147].

وجه الاستدلال: أن قول الرسول صلى الله عليه وسلم: (لا تبيعَنَّ شيئًا حتى تقبضَهُ) لفظ عام، فيشمل المبيع مطلقاً، فلا يستقر ملك المشتري على المبيع إلا بالقبض[148].

٢- حديث حكيم بن حزام رضي الله عنه قال: يا رسولَ اللهِ، يأتيني الرجلُ فيريد مني البيعَ ليس عندي، أفأبتاعُه له من السُّوقِ، فقال: (لا تَبِعْ مَا لَيْسَ عِنْدَكَ)[149].

وجه الاستدلال: أنَّ ما لم يقبض فليس في ملك الإنسان، فلا يحق له التصرف فيه، بنص الحديث، وهو عام في كل ما لم يقبض.

٣- حَدِيْث عَبْدِ اللهِ بنِ عُمَر رضي الله عنه، قَالَ: ابْتَعْتُ زَيْتًا في السُّوقِ، فَلَمَّا اسْتَوْجَبْتُهُ لِنَفْسِي، لَقِيَنِي رَجُلٌ فَأَعْطَانِي بِهِ رِبْحًا حَسَنًا، فَأَرَدْتُ أَنْ أَضْرِبَ عَلَى يَدِهِ، فَأَخَذَ رَجُلٌ مِنْ خَلْفِي بِذِرَاعِي فَالْتَفَتُّ، فَإِذَا زَيْدُ بْنُ ثَابِتٍ، فَقَالَ: لا تَبِعْهُ حَيْثُ ابْتَعْتَهُ، حَتَّى تَحُوزَهُ إِلَى رَحْلِكَ، (فَإِنَّ رَسُولَ اللَّهِ صلى الله عليه وسلم نَهَى أَنْ تُبَاعَ السِّلَعُ حَيْثُ تُبْتَاعُ، حَتَّى يَحُوزَهَا التُّجَّارُ إِلَى رِحَالِهِمْ)[150].

وجه الاستدلال: نهي النبي صلى الله عليه وسلم عن بيع السلع حتى يحوزها التجار إلى رحالهم عام في كل سلعة، فيشمل العقار والمنقول مطلقاً.

---

(١٤٧) المعجم الكبير للطبراني: ٣/ ١٩٦ واللفظ له، والبيهقي في السنن الكبرى: ٥/٣١٣.

(١٤٨) ينظر: إرشاد الفقيه إلى معرفة أدلة التنبيه: ٢/٨.

(١٤٩) أخرجه أبو داود (٣٥٠٣) واللفظ له، والترمذي (١٢٣٢)، والنسائي (٤٦١٧)، وابن ماجه (٢١٨٧).

(١٥٠) أخرجه أبو داود (٣٤٩٩).

٤- حديث عبد الله بن عمرو رضي الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: (لا يحلُّ سلفٌ وبيعٌ . ولا شرطانِ في بيع . ولا ربحُ ما لم يضمنْ. ولا بيعُ ماليس عندَك)[١٥١]. قال العيني[١٥٢]: «والنهي يقتضي الفساد، فيكون البيع فاسداً قبل القبض؛ لأنه لم يدخل في ضمانه، كما في الإجارة»[١٥٣].

٥- قول ابن عباس رضي الله عنه: (أَمَّا الَّذِي نَهَى عَنْهُ النَّبِيُّ صلى الله عليه وسلم فَهُوَ الطَّعَامُ أَنْ يُبَاعَ حَتَّى يُقْبَضَ)، قَالَ ابْنُ عَبَّاسٍ: (وَلاَ أَحْسِبُ كُلَّ شَيْءٍ إِلَّا مِثْلَهُ)[١٥٤]. وجه الاستدلال: أن ابن عباس رضي الله عنه فَهِمَ من نهي النبي صلى الله عليه وسلم العموم، فنصّ على أنّ غير الطعام يدخل في النهي عن التصرف فيه قبل قبضه، وهو رضي الله عنه من فقهاء الصحابة رضي الله عنهم، وفهمه حجة.

قال ابن القيم: «فإن قيل: الأحاديث كلها مقيدة بالطعام، سوى هذين الحديثين، فإنهما مطلقان أو عامان، وعلى التقديرين: فنقيدهما بأحاديث الطعام، أو نخصهما بمفهومها، جمعاً بين الأدلة، وإلا لزم إلغاء وصف الحكم، وقد علق به الحكم.

قيل: عن هذا جوابان:

أحدهما: أن ثبوت المنع في الطعام بالنص، وفي غيره إما بقياس النظير، كما صح عن ابن عباس رضي الله عنه أنه قال: (وَلاَ أَحْسِبُ كُلَّ شَيْءٍ إلا بِمَنزِلَةِ الطَّعَامِ) أو بقياس الأولى، لأنه إذا نهى عن بيع الطعام قبل قبضه مع كثرة الحاجة إليه وعمومها، فغير

(١٥١) أخرجه أبو داود (٣٥٠٤) واللفظ له، والترمذي (١٢٣٤)، والنسائي (٤٦٣٥)، وابن ماجه (٢١٨٨).

(١٥٢) هو محمود بن أحمد بن موسى بن حسين بن يوسف بن محمد البدر الحنفي المعروف بالعيني، برع في كثير من العلوم، ولد سنة اثنتين وستين وسبعمائة، ومات سنة خمس وخمسين وثمانمائة.
الضوء اللامع ١٠ / ١٣١، وحسن المحاضرة ١/ ٤٧١.

(١٥٣) البناية في شرح الهداية: ٧/٣٢٢.

(١٥٤) أخرجه البخاري (٢١٣٥) واللفظ له، ومسلم (١٥٢٥).

الطعام بطريق الأولى، وهذا مسلك الشافعي ومن تبعه.

الجواب الثاني: أن اختصاص الطعام بالمنع إنما هو مستفاد من مفهوم اللقب، وهو لو تجرد لم يكن حجة، فكيف وقد عارضه عموم الأحاديث المصرحة بالمنع مطلقاً، والقياس المذكور، حتى لو لم ترد النصوص العامة، لكان قياسه على الطعام دليلاً على المنع ...»[155].

٦- وإذا نهى النبي صلى الله عليه وسلم عن بيع الطعام حتى يقبض؛ لأنه ضمانه من البائع ولم يتكامل المشتري فيه تمام ملك فيجوز به البيع كذلك، فيقاس عليه بيع العروض قبل القبض؛ لأنه بيع ما لم يقبض، وربح ما لم يضمن[156].

٧- أنَّ فيه ضعف الملك، لأنه لو تلف انفسخ البيع[157].

٨- وذكر بعضهم أن علة منع التصرف في المبيع قبل قبضه لأنه يفضي إلى توالي الضمانين، فإنّا لو صححناه كان مضموناً للمشتري الأول على البائع الأول، والمشتري الثاني على البائع الثاني، فكيف يكون الشيء الواحد مضموناً لشخص مضمونةً عليه[158].

٩- أنَّ الغرر[159] حاصل بالتصرف في المبيع قبل قبضه، وقد نهى النبي صلى الله عليه وسلم في الحديث الصحيح عن بيع الغرر[160]. وهذا الغرر وضحه شيخ الإسلام ابن تيمية بقوله: «لأن البائع قد يسلمه وقد لا يسلمه، لاسيما إذا رأى المشتري قد ربح،

(١٥٥) حاشية ابن القيم على مختصر سنن أبي داود: ٥/ ١٣٢، ١٣٣ .

(١٥٦) مختصر المزني ١١٦.

(١٥٧) ينظر: حاشية ابن القيم على مختصر سنن أبي داود: ٥/١٣٦.

(١٥٨) مجموع الفتاوى ٢٩ / ٥٠٩، وحاشية ابن القيم على مختصر سنن أبي داود: ٥/١٣٦.

(١٥٩) بيع الغرر: ما فيه خطر لانفساخه بهلاك المبيع أو غير ذلك. التوقيف على مهمات التعاريف ١٥٣.

(١٦٠) أخرجهمسلم (١٥١٣).

فيسعى في رد البيع إما بجحد أو باحتيال في الفسخ، وعلى هذه العلة تجوز التولية في المبيع قبل قبضه، وهو مخرّج على من جوّز بيع الدَّيْن»(١٦١).

وقال ابن القيم رحمه الله: «فالمأخذ الصحيح في المسألة أن النهي معلل بعدم تمام الاستيلاء، وعدم انقطاع علاقة البائع عنه، فإنه يطمع في الفسخ والامتناع من الإقباض إذا رأى المشتري قد ربح فيه، ويغرّه الربح، وتضيق عنه منه، وربما أفضى إلى التحيّل على الفسخ ولو ظلماً وإلى الخصام والمعاداة، والواقع شاهد بهذا، فمن محاسن الشريعة الكاملة الحكيمة منع المشتري من التصرف فيه حتى يتم استيلاؤه عليه، وينقطع عن البائع ، وينفطم عنه، فلا يطمع في الفسخ والامتناع من الإقباض، وهذا من المصالح التي لا يهملها الشارع حتى إن من لا خبرة له من التجار بالشرع يتحرى ذلك، ويقصده لما في ظنه من المصلحة وسد باب المفسدة... وعلى هذا فإذا باعه قبل قبضه من بائعه جاز على الصحيح لانتفاء هذه العلة»(١٦٢).

المناقشة والترجيح :

- ما استدل به أصحاب القول الأول، فيجاب عن استدلالهم بما يلي:

-قولهم: أن ركني البيع وهما الإيجاب والقبول صدرا من أهلهما أي من العاقل البالغ في محلّهما وهو المال المملوك، وهو يقتضي الجواز.

يجاب على ذلك: بأن هذا البيع وإن كان صدر من العاقل البالغ إلا أنه مشروط بعدم مخالفة الأدلة من القرآن والسنة، ومن ذلك ما جاء في الأحاديث: أن لا يبيع الإنسان شيئاً حتى يقبضه.

-وأما قولهم: إن الهلاك في العقار نادر، والنادر لا يعتدّ به، بخلاف المنقول فإن

(١٦١) الفتاوى الكبرى: ٤/٤٧٣.

(١٦٢) حاشية ابن القيم على مختصر سنن أبي داود: ٥/١٣٧.

الهلاك فيه غير نادر.

فيمكن أن يجاب على ذلك من ثلاثة أوجه:

الأول: عدم التسليم بأن العقار نادر الهلاك، إذ المشاهد الآن أن مئات الدور والعقارات عرضة للهلاك عند استمرار نزول المطر ساعات قليلة، فكيف لو استمر أياماً؟، وكذلك هي عرضة للهلاك في البلاد التي تحصل فيها الفيضانات والزلازل والبراكين وغير ذلك.

الثاني: لو سُلِّم أنَّ العقار نادر الهلاك، فإنَّ ندرة هلاكه لا تخرجه من عموم الأحاديث الصحيحة الصريحة التي تنهى عن التصرف في المبيع قبل القبض.

الثالث: أن الحكمة التي استنبطها العلماء من النهي عن التصرف في المنقول قبل القبض موجودة في النهي عن التصرف في العقار قبل قبضه، فربما يطمع البائع في الفسخ وعدم إتمام البيع إذا رأى أن المشتري قد ربح في العقار، وربما وقع في الحيل المحرمة رغبة منه في عدم إتمام البيع ورجوع العقار إليه، وهذا كله سبب لوقوع العداوة والبغضاء في المجتمع المسلم، والشريعة الإسلامية حريصة على منع كل ما يسبب ذلك.

وأما قولهم: إن بيع العقار قبل القبض في معنى بيع المنقول بعد القبض.

فهذا قياس لا وجه له، وهو أيضاً يعارض عموم الأدلة الواردة في النهي عن التصرف في المبيع قبل قبضه

وأما ما استدل به أصحاب القول الثاني، فيجاب عن استدلالهم، بما يلي:

-استدلالهم بعموم قوله جلَّ وعلا: ﴿وَأَحَلَّ ٱللَّهُ ٱلْبَيْعَ وَحَرَّمَ ٱلرِّبَوٰا۟ فَمَن جَآءَهُۥ مَوْعِظَةٌ مِّن رَّبِّهِۦ فَٱنتَهَىٰ فَلَهُۥ مَا سَلَفَ وَأَمْرُهُۥٓ إِلَى ٱللَّهِ﴾ البقرة: ٢٧٥. فهذا العموم مقيد بالأحاديث التي تنهى عن

التصـرف في المبيع قبل القبض، كما هو أيضاً مقيد بـأن لا يشتمل على غشٍّ ولا على غررٍ كبيع العبد الآبق، والجمل الشارد، والجنين في بطن أمه، وكبيع الملامسة، والمنابذة، وبيع حَبَل الحبلة، وبيع الحصاة ونحو ذلك، وهو أيضاً مقيد بأن لا يشتمل على ظلم ولا ربا وغير ذلك من مبطلات البيع.

وأما استدلالهم بتخصيص النهي بالطعام في قوله صلى الله عليه وسلم: «مَنِ ابْتَاعَ طَعَامًـا فَلاَ يَبِعْهُ حَتَّى يَقْبِضَهُ»(١٦٣). فيجاب عليهم: بأن هذا الاستدلال صحيح لو لم ترد أحاديـث أخرى فيها عموم النهي عن التصرف في المبيع قبل القبض، سواء كان المبيع طعامـاً أو غيره، كما في الأحاديث التي استدل بها المانعون من التصرف في المبيع قبل القبض مطلقاً.

وأجـاب ابن القيم بأن: «اختصاص الطعـام بالمنع إنما هو مستفاد من مفهوم اللقب، وهـو لو تجـرد لم يكن حجة، فكيـف وقد عارضه عمـوم الأحاديـث المصرحة بالمنع مطلقاً»(١٦٤).

وأمـا استدلالهم بحديث عبد الله بن عمر رضـي الله عنهما فيجاب عنه من وجهين ذكرهمـا ابن القيم(١٦٥): أولهمـا: أن هذا تصرف في الهبـة لا في المعاوضة، وفرق بين التصـرف في المبيع قبل قبضـه، والتصرف بالهبة(١٦٦). ثانيهمـا: أن الحديث لا دلالة فيه علـى التصرف قبـل القبض إذ قبض ذلك البعـير حصل بالتخلية بينـه وبينه مع تميزه وتعينـه، وهذا كافٍ في القبض. -وأما بقية تعليلاتهم: فـلا وجه لها، لمعارضتها عموم الأحاديث المصرحة بالنهي عن التصرف في المبيع مطلقاً.

---

(١٦٣) أخرجه البخاري (٢١٣٣) واللفظ له، ومسلم (١٥٢٦) بلفظ "حتى يستوفيه".

(١٦٤) حاشية ابن القيم على مختصر سنن أبي داود: ٥/ ١٣٣.

(١٦٥) حاشية ابن القيم على مختصر سنن أبي داود: ٥ / ١٣٦.

(١٦٦) ينظر: الشرح الكبير: ١١ / ٥٠٧.

وأما ما استدل به أصحاب القول الثالث، فيجاب عن استدلالهم بما يلي:

استدلالهم بحديث النبي صلى الله عليه وسلم: (اَلْخَرَاجُ بِالْضَّمَانِ)[١٦٧]، وقول عبد الله بن عمر رضي الله عنه: مَا أَدْرَكَتِ الصَّفَقَة حَيّاً مَجمُوعاً فَهُو مِن المُبتَاع[١٦٨].

فالجواب عن ذلك من وجوه:

الأول: أن بعض الفقهاء رحمهم الله ذكروا قول ابن عمر رضي الله عنه مع زيادة (مضت السنة) ويعزونها للبخاري[١٦٩]، وكان وجه استدلالهم على هذه اللفظة، مع أن قول ابن عمر رضي الله عنه المخرّج في البخاري[١٧٠]، بدون هذه اللفظة.

الثاني: أن وجه الاستدلال هنا بناء على التلازم بين التصرف والضمان، وهي مسألة مختلف فيها عند العلماء[١٧١].

الثالث: أن استدلالهم بقول ابن عمر رضي الله عنه (فهو من المبتاع) على أن تفسير المبتاع هو المشتري، لكن ورد تفسير آخر للمبتاع ذكره ابن حجر رحمه الله[١٧٢] وهو: العين المبيعة، قال ابن حجر: (وهو جيد)[١٧٣].

(١٦٧) أخرجه أبو داود (٣٥٠٨) واللفظ له، والترمذي (١٢٨٦)، والنسائي (٤٤٩٥)، وابن ماجه (٢٢٤٣)، وأحمد (٤٩/٦)، من حديث عائشة رضي الله عنها .

(١٦٨) تقدّم تخريجه .

(١٦٩) انظر على سبيل المثال: المغني: ١٨٢/٦، والكافي: ٣١/٢، وشرح الزركشي: ٣/ ٥٣١، والشرح الكبير: ٤٩٤/١١، وشرح منتهى الإرادات: ٥٨/٢، وكشاف القناع: ٢٤٤/٣، والروض المربع: ٢٤٦.

(١٧٠) هو محمد بن إسماعيل بن إبراهيم بن المغيرة البخاري الجعفي، ولد سنة أربع وتسعين ومائة، وتوفي سنة ست وخمسين ومائتين.
تهذيب الأسماء واللغات ١ / ٦٨، وتهذيب التهذيب ٢٧/٩

(١٧١) ينظر: القواعد لابن رجب: ٧٩.

(١٧٢) هو أحمد بن علي بن محمد بن علي بن أحمد الشهاب العسقلاني الشافعي، المعروف بابن حجر، ولد في ثاني عشر من شهر شعبان سنة ثلاث وسبعين وسبعمائة بمصر، شهد له بالحفظ والإتقان القريب والبعيد حتى صار إطلاق لفظ الحافظ عليه إجماعاً، توفي رحمه الله سنة اثنتين وخمسين وثمانمائة. نظم العقيان ٤٥، والبدر الطالع ١/ ٨٧

(١٧٣) ينظر: فتح الباري: ٣٥٢/٤.

الرابع: إن صح وجه الاستدلال بقول ابن عمر رضي الله عنه فهو اجتهاد منه، تردّه الأحاديث الصريحة في النهي عن التصرف في المبيع قبل قبضه.

وباقي التعليلات لا وجه لها مع ورود الأحاديث الصريحة في النهي عن التصرف في المبيع قبل القبض مطلقاً.

وعليه فالذي يظهر لي – والله أعلم – ترجيح القول: بعدم جواز التصرف في المبيع قبل قبضه مطلقاً، وهو قول محمد بن الحسن، ومذهب الشافعية، ورواية عن الإمام أحمد، اختارها ابن عقيل، واختيار ابن تيمية وابن القيم، وقول ابن حزم؛ وذلك لقوة أدلتهم، وتعرُّض المخالفين للمناقشة الملزمة، وسبب تنازع الفقهاء في هذه المسألة رغم وجود أدلة صحيحة صريحة كما قال ابن تيمية: «ولغموض مأخذ هذه المسائل كثر تنازع الفقهاء فيها، ولم يطرد إلى التوهم فيها قياسٌ كما تراه»[(١٧٤)].

المطلب الخامس
ثمرة الخلاف

تظهر ثمرة الخلاف فيما إذا تلف المبيع قبل القبض، فمن اشترط القبض في كل شيء جعل التلف من ضمان البائع، ومن لم يشترطه جعله من ضمان المشتري[(١٧٥)].

وتلف المبيع له أحوال:

إما أن يكون بفعل البائع، وإما أن يكون بآفة سماوية، وإما أن يكون بفعل أجنبي، وإما أن يكون بفعل المشتري.

---

(١٧٤) مجموع الفتاوى: ٢٩/٤٠٣.

(١٧٥) ينظر: فتح الباري: ٤/٣٥٢.

فإن كان التلف بفعل البائع أو بآفة سماوية: فالضمان على البائع [١٧٦].

وكـذا إن كان التلف بفعل أجنبي: فالضمان على البائع، وبعض الفقهاء يثبت الخيار للمشتري بين الفسخ والرجوع بالثمن، وبين البقاء على العقد ومطالبة المتلف بالمثل إن كان مثلياً وبالقيمة إن لم يكن مثلياً[١٧٧].

وإن كان التلف بفعل المشتري: فمن ماله، وليس له الرجوع على البائع [١٧٨].

جـاء في بدائع الصنائع: «حتى لو هلك الثمر قبل القبض بآفة سماوية أو بفعل البائع تسقط حصته من الثمن عن المشتري» [١٧٩].

وجاء في البحر الرائق: «فالمشتري إذا أتلف المبيع أو أحدث فيه عيباً قبل القبض يصير

---

(١٧٦) ينظر: بدائع الصنائع: ٢/ ٢٩٤ و ٥/١٦٦، واللباب في شرح الكتاب: ٢٨/٣، ودرر الحكام: ٢٧٥/١، وعقد الجواهر الثمينة: ٧٢٢/٢، والذخيرة ١٢٢/٥، والشرح الصغير بهامش بلغة السالك: ٧٣/٢، والخرشي على خليل ٥/ ١٦٢، ومنح الجليل: ٢٣٩/٥، والشرح الكبير للدردير:١٥٠/٣، وحاشية الدسوقي: ١٥٠/٣، والمهذب:٣٩١/٢، والبيان في مذهب الإمام الشافعي ٣٨٣/٥، والحاوي: ٢٠٩/٥، والتنبيه في الفقه الشافعي: ١٣٢ ، وإرشاد الغاوي إلى مسالك الحاوي ١٤٦ ، والعباب ٦٦/٢ ، ونهاية المحتاج ٧٦/٤، وحاشية الشبراملسي ٧٦/٤، وأسنى المطالب: ٧٨/٢، والعدة شرح العمدة:٦٠/٢، والشرح الكبير لابن قدامة: ٤٩٩/٥، والمستوعب: ٤٩/٢، والإقناع: ٢٣٦/٢، وكشاف القناع: ٢٤٢/٣، والممتع في شرح المقنع: ١٣٠/٣، والروض المربع: ٢٤٧.

(١٧٧) ينظر: عقد الجواهر الثمينة: ٧٢٢/٢، والشرح الصغير بهامش بلغة السالك: ٧٣/٢، والخرشي على خليل ٥/ ١٦٢، ومنح الجليل: ٢٣٩/٥، والشرح الكبير للدردير:١٥٠/٣، وحاشية الدسوقي: ١٥٠/٣،وحاشية الرهوني: ٢٠٢/٥، والمهذب:٣٩١/٢، والبيان في مذهب الإمام الشافعي ٥ / ٣٨٣، والحاوي: ٢٠٩/٥، والتنبيه في الفقه الشافعي: ١٣٢، وإرشاد الغاوي إلى مسالك الحاوي ١٤٧ ، ونهاية المحتاج ٨٣/٤، وأسنى المطالب: ٧٨/٢، والعدة شرح العمدة:٦٠/٢، والشرح الكبير لابن قدامة: ٤٩٩/٥،والمستوعب: ٢/ ٤٩، والإقناع: ٢٣٦/٢، وكشاف القناع: ٢٤٣/٣،والممتع في شرح المقنع: ١٣٠/٣ ، والروض المربع: ٢٤٧

(١٧٨) ينظر: البحر الرائق: ٣٣٢/٥، ودرر الحكام: ٢٧٦/١، وعقد الجواهر الثمينة: ٧٢٢/٢، والشرح الصغير بهامش بلغة السالك: ٧٣/٢، والخرشي على خليل ٥/ ١٦٢، وحاشية العدوي بهامش الخرشي ١٦٢/٥، ومنح الجليل: ٢٣٩/٥، والشرح الكبير للدردير:١٥٠/٣، وحاشية الدسوقي: ١٥٠/٣، والمهذب:٣٩١/٢، والبيان في مذهب الإمام الشافعي ٣٨٦/٥، والتنبيه في الفقه الشافعي: ١٣٢، وإرشاد الغاوي إلى مسالك الحاوي ١٤٧ ، والعباب ٦٦/٢ ، ونهاية المحتاج ٨٠/٤،وحاشية الشبراملسي ٨٠/٤،، وأسنى المطالب: ٧٩/٢، وحاشية الرملي على أسنى المطالب: ٧٩/٢، والمغني:١٨٥/٦، والشرح الكبير لابن قدامة: ٤٩٩/٥،والممتع في شرح المقنع: ١٣٠/٣، والإقناع: ٢٣٦/٢ ، وكشاف القناع: ٢٤٣/٣، والروض المربع: ٢٤٧ .

(١٧٩) بدائع الصنائع: ٥/ ١٦٦.

قابضاً»(١٨٠).

وجـاء في عقد الجواهر الثمينة:«حيث قلنا:إن الضمان من البائع فتلف المبيع انفسخ العقد. وإتلاف المشتري قبض منه، وإتلاف البائع والأجنبي لا يفسخ العقد، بل يوجب القيمـة، وإذا تعيب المبيع بآفة سمائية، وكان ضمانه من البائع فللمبتاع الخيار، فإن أجاز فبـكل الثمن،ولا أرش له. ولو كان التعيـب بجناية جاز، لكان له مطالبته بالأرش، كان البائع أو أجنبياً، ولو كان التعيب والضمان من المبتاع لم ينفسخ العقد أصلاً»(١٨١).

وجاء في روضة الطالبين:«أما إذا تلف المبيع قبل القبض، فله ثلاثة أقسام:

الأول: أن يتلفـه المشتري، فهـو قبض منه على الصحيح ؛ لأنـه أتلف ملكه، فصار كما لو أتلـف المالك المغصوب في يد الغاصب، يـبرأ الغاصب ويصير المالك مسترداً بالإتـلاف. وفي وجه: إتلافـه ليس بقبض، لكـن عليه القيمة للبائـع ، ويسترد الثمن، ويكون التلف من ضمان البائع . هذا عند العلم. . .

القسم الثاني: أن يتلفه أجنبي، فطريقان. أصحهما: على قولين. أحدهما: أنه كالتلف بآفـة سماوية، لتعذر التسليم. وأظهرهما: أنه لا ينفسـخ، بل للمشتري الخيار، إن شاء فسـخ واسترد الثمن، ويغرم الأجنبي للبائـع ، وإن شاء أجاز وغرم الأجنبي. والطريق الثاني: القطع بالقول الثاني، قاله ابن سريج. . .

القسم الثالث: أن يتلفه البائع ، فطريقـان. أصحهما: على قولين. أظهرهما: ينفسخ البيـع كالآفة. والثاني: لا، بل إن شاء فسخ وسقط الثمـن، وإن شاء أجاز وغرم البائع القيمة وأدى له الثمن. . .»(١٨٢).

(١٨٠) البحر الرائق: ٥/٣٣٢.
(١٨١) عقد الجواهر الثمينة: ٢/ ٧٢٢ .
(١٨٢) روضة الطالبين: ٣/ ٥١٠ .

وجاء في الروض المربع: «وإن تلف المبيع بكيل ونحوه أو بعضه قبل قبضه فمن ضمان البائع وكذا لو تعيب قبل قبضه، وإن تلف المبيع المذكور بآفة سماوية لا صنع لآدمي فيها بطل أي انفسخ البيع، وإن بقي البعض خيِّر المشتري في أخذه بقسطه من الثمن، وإن أتلفه أي المبيع بكيل أو نحوه آدمي سواء كان هو البائع أو أجنبياً خيِّر مشتر بين فسخ البيع ويرجع على بائع بما أخذ من ثمنه، و بين إمضاء ومطالبة متلفه ببدله، أي: بمثله إن كان مثلياً أو قيمته إن كان متقوّماً، وإن تلف بفعل مشتر فلا خيار له؛ لأن إتلافه كقبضه وما عداه أي عدا ما اشتري بكيل أو وزن أو عد أو ذرع كالعبد والدار، و يجوز تصرف المشتري فيه قبل قبضه»[(١٨٣)].

وتظهر ثمرة الخلاف أيضاً في نماء المبيع، فمن جوّز التصرف في المبيع قبل قبضه فالنماء عنده للمشتري، ومن منع التصرف في المبيع قبل قبضه فالنماء عنده للبائع، وقد صرح بذلك بعض العلماء.

قال في المستوعب: «وإذا حدث للمبيع نماء في يد البائع قبل قبضه، مثل أن كان حيواناً فحمل ونتج أو شجر فأثمر، فالنماء ملك المشتري أمانة في يد البائع كالوديعة لا تضمنه إذا تلف بغير تفريط منه، ولا يقابله قسط من الثمن...»[(١٨٤)]

وجاء في كشاف القناع: «وإن نما المبيع ولو بكيلٍ أو نحوه في يد بائع قبل قبضه فالنماء للمشتري، لأنه من ملكه، وهو أي النماء أمانةٌ في يد بائع لا يضمنه البائع إذا تلف بغير تفريط منه، ولو كان المبيع مضموناً؛ لأن النماء غير معقود عليه»[(١٨٥)].

---

(١٨٣) الروض المربع: ٢٤٧.
(١٨٤) المستوعب: ٢/٥٠.
(١٨٥) كشاف القناع: ٣ / ٢٤٤.

الخاتمة

الحمد لله رب العالمين، والصلاة والسلام على أشرف الأنبياء والمرسلين، نبينا محمد وعلى آله وصحبه أجمعين ومن تبعهم بإحسان إلى يوم الدين، وبعد:

فبحمد الله وتوفيقه ومنّته انتهيت من بحث هذه المسألة وهي: حكم التصرف في المبيع قبل القبض بالبيع، وقبل أن أذكر خلاف العلماء في هذه المسألة، ذكرت مقدمة للبحث، فذكرت تعريف البيع لغة واصطلاحاً، ثم ذكرت تعريف القبض لغة واصطلاحاً، ثم ذكرت الألفاظ ذات الصلة بالقبض، وبينت الفرق بينها وبين القبض، ومن ذلك لفظ التخلية، والتسليم، والحيازة، ثم ذكرت صورة المسألة التي يراد بحثها، وحرَّرت محل النزاع فيها، فذكرت ما أجمع العلماء عليه وهو منع التصرف في الطعام قبل قبضه، ثم ذكرت أقوال الفقهاء -رحمهم الله- في التصرف في المبيع قبل قبضه، فذكرت أربعة أقوال ونسبتها إلى قائليها، ثم ذكرت أدلة هذه الأقوال وتعليلاتها ثم رجحت منها القول الرابع وهو: عدم جواز التصرف في المبيع قبل قبضه مطلقاً؛ لورود الأحاديث الصحيحة الصريحة في هذا الموضوع، وبعد الترجيح أجبت عن استدلالات الأقوال الثلاثة، وبعد ذلك كان المطلب الأخير في ثمرة الخلاف، فذكرت أن ثمرة الخلاف في هذه المسألة تظهر في: مسألة تلف المبيع قبل القبض، وفصلت في سبب التلف فذكرت أنه قد يكون بسبب آفة سماوية، أو بسبب البائع، أو بفعل أجنبي، وأخيراً ذكرت تلف المبيع بسبب المشتري، وبيّنت حكم هذا التلف إذا كان بآفة سماوية أو بفعل البائع أو بفعل أجنبي فيرجع المشتري على البائع وإن شاء رجع على الأجنبي، وإذا كان التلف بفعل المشتري فهو بمنزلة القبض بالنسبة له، ولا يرجع على البائع بشيء.

وتظهـر ثمرة الخلاف أيضاً في نمـاء المبيع ، ونقلت هناك لبعضـ العلماء رأيهم في النماء هل هو للبائع أو للمشتري، هذا ما ختمت به البحث .

ومع أن هذه المسألة وهي: حكم التصرف في المبيع قبل قبضه ذكرت في كتب الفقهاء إلا أن لهـا أهمية في هذا الوقت وبخاصة لما تنوعت المبيعات وتعددت، واختلف القبض فيهـا، إضافة على أن الأضرار في هذه المبيعات كبيرة لو تلفت فعلى هذا أرى أن البحث لا يزال يحتاج إلى توسـع ليس بذكر أقوال الفقهاء وأدلتهم، فهذا مذكور بالتفصيل في كتبهم، وإنما الذي يحتاج إلى توسع : ذكر كيفية القبض في بعض المبيعات التي لم تكن في زمن الفقهاء السابقين، وكذلك كيفية القبض فيما استجد من المعاملات المالية في العصر الحاضـر، ومن ذلك: المعاملات المصرفية مثل: بيع العملات، وبيع الذهب والفضة، وهل يقـوم الاتصال الهاتفي والاتصـال بالإنترنت مقام القبض، وكذلـك هل تقوم الرسائل الكتابية والرسائل الهاتفية من المشتري مقام القبض، وهل يعد قبضاً تمرير البطاقات البنكية على الأجهزة المخصصة لها لنقل قيمة المبيع إلى حساب البائع ، ونحو ذلك؟

ولعل البحث في هذه الأمـور وغيرها يظهر ثمرات أخرى للخلاف لم تكن معروفة قبل ذلك.

والله تعالى أعلم وصلى الله وسلم على نبينا محمد وعلى آله وصحبه أجمعين .



المضاربة الإسلاميّة والمضاربة الرّبويّة في البورصة وأثرهما الاقتصادي

بحث محكّم

الباحثون

الدكتور/ يونس صوالحي

نائب عميد معهد البنوك الإسلاميّة والتمويل بالجامعة الإسلاميّة العالميّة بماليزيا، وأستاذ مشارك بالجامعة نفسها

الدكتور/ محمد صبري بن هارون

أستاذ مساعد بكليّة الدّراسات الإسلاميّة، ونائب مدير الدّراسات العامّة بالجامعة الوطنيّة الماليزيّة

فلاو محمد

طالب دكتوراه حاليًا بمعهد البنوك الإسلاميّة والتمويل بالجامعة الإسلاميّة العالميّة بماليزيا.

ملخص البحث

بيّن البحث التالي:

– تعريف المضاربة بأنها: دفع إنسان ماله إلى آخر يتجر فيه والربح بينهما.

– جواز المضاربة إجماعا، وأنها أقدم وسيلة استثمارية عرفتها الشريعة الإسلامية، حيث عرفت قبل الإسلام، ثم أقرها التشريع الإسلامي، وقد تبنت المصارف الإسلامية المضاربة كبديل للتمويل الربوي.

– شروط وأركان المضاربة.

– اختلاف الفقهاء في المضاربة بالدين الذي في ذمة المضارب، كالشيك المسحوب على نفس مصرف الاستثمار إلى رأيين:

الأول: المنع، عند جمهور فقهاء الحنفية والمالكية والشافعية والحنابلة.

الثاني: الجواز، في رواية عن الحنابلة.

– اختلاف الفقهاء في المضاربة بدين في ذمة طرف ثالث كالشيك المسحوب على مصرف غير مصرف الاستثمار إلى ثلاثة آراء، رجح البحث الجواز.

– اختلاف الفقهاء في المضاربة بالوديعة، إلى رأيين، رأى البحث جواز الاستثمار في الأمد القصير.

– ظهور الأهمية الاقتصادية للمضاربة في تقليل البطالة وزيادة العدالة في توزيع المال.

– بعض أسباب ضعف نسبة المضاربة في المصارف الإسلامية ومنها: المخاطرة الكبيرة التي يصعب على المصرف تحملها، ثم أورد بعضا من الاقتراحات التطبيقية للحد من مخاطر المضاربة.

– عـدد آثـارا للمضاربـة في الاقتصاد الإسلامـي ومنها: رفـع شعار مبادئ الاقتصاد الإسلامي بكون الربح الحلال هو المبدأ وليست الفائدة.

– المضاربة الربوية في الأسواق المالية وأورد بعض الشبهات الاقتصادية التي تدعم مذهب القائلين بعدم وجود اقتصاد خال من الفائدة الربوية والرد على هذه الشبهات.

– أنواع العلميات التي تجري في الأسواق العالمية لبيان الخلاف الجوهري بين المضاربة الإسلامية وبين الوساطة الربوية منها:

١– العمليات العاجلة: العمليات التي يلتزم فيها كل من المتعاقدين على تنفيذ العقـود، بحيث يسلم البائع الأوراق الماليـة ويقدم المشتري ثمنها في مدة لا تتجاوز ٤٨ ساعة.

٢– العمليـات الآجلة: هي العمليات التي يتفق فيها الطرفان على تأجيل التسليم ودفع الثمن إلى يوم معين يسمى يوم التصفية، ولها قسمين.

٣– البيـع مع خيـار الزيادة: طلـب المشـتري أو البائع الزيـادة لنفسه عن الكميـة المطلوب تسليمها عنـد حلول الأجل، وهي عبـارة عن بيع مع وعد بالزيادة.

– رأى البحـث بـأن البورصـات العالميـة بوضعها الحالي لا يصلـح فيها إلا البيـع العاجل، والذي لا بد أن تخل فيه أسهم العملية من المحرمات كالخمر ونحوها.

– بعض البدائل الشرعية للمضاربة في البورصات العالمية منها:

شهادات الاستثمار للبنك الإسلامي للتنمية، وصكوك المقارضة.

– أثر الوساطة المالية الربوية والمضاربة في البورصة العالمية.

مقدمة

تعتبر المصارف الإسلامية أحد أهم الوسائل التمويلية التي حاولت العودة بالمعاملات المالية إلى قواعدها الشرعية بعد عقود من سيطرة المعاملات الربوية، ولقد أثارت بعض الفتاوى التي سعت في مضمونها إلى تأصيل المعاملات الربوية الكثير من الاستغراب، حيث رأت أن بعض الأساليب الربوية كالقروض الاستثمارية بفائدة ثابتة مضاربة شرعية، وبأن شروط المضاربة الشرعية التي تميزها عن التمويل الربوي ما هي إلا اجتهادات رآها أصحابها في زمانهم. فارتأينا التفصيل في المضاربة والتأكيد على أن الفقهاء قد أجمعوا على أن الربح لا بد أن يكون جزءاً مشاعاً، و على عدم جواز تحديد نسبة من رأس المال، ثم ذكرنا عرضا بعض آثارها وأهميتها الاقتصادية. وحاولنا الرد على بعض الشبه الاقتصادية القديمة التي تزعم عدم تصور وجود اقتصاد خال من الفائدة الربوية، وأن سعر الفائدة يؤدي إلى التخصيص الأمثل للموارد، وبأن المصارف الإسلامية لا تستطيع تمويل العجز الحكومي ببيع سندات الخزانة، وأذونات الخزينة وغيرها. ثم تناولنا قلعة الربا العالمي (البورصة) وفصلنا في جميع العمليات التي تجرى فيها، سواء أكانت بيوعاً عاجلة أم آجلة، وبينا حقيقة العقود المستقبلية، وعقود الخيار من الناحية الشرعية، وأكدنا على أن الهدف الأساسي من تلك العمليات هي المضاربة على فروق الأسعار، بأنها نوع من القمار. ونظراً لأهمية هذه العمليات عمدنا إلى ذكر البدائل الشرعية لعمليات البورصة، كشهادات الاستثمار لبنك التنمية بقسميها الخاصة والعامة، كصكوك مضاربة طويلة الأجل، وصكوك المضاربة لمشروع معين، وشهادات الاستثمار المستردة بالتدرج، وغيرها، ثم ذكرنا بعض الآثار السلبية التي سببتها المضاربة الربوية في البورصات وكذا التمويل الربوي.

المضاربة الإسلامية والمضاربة الربوية في البورصة وأثرهما الاقتصادي

تعتبر الوساطة المالية العمود الفقري لسوق النقد، والبورصة العمود الفقري لأسواق المال، وقد رفعت المصارف الإسلامية شعار المضاربة الإسلامية كوساطة مالية إسلامية بدلية للتمويل الربوي، فحاول البعض الزعم بأن استثمار البنوك بفائدة ربوية هو نوع من الاستثمار القائم على المضاربة، كما حاولوا أيضاً تخريج وتأصيل عمليات البورصة لبيان عدم حرمتها. وعليه أردنا بيان الفوارق الشرعية بين المضاربة الشرعية وعمل البنوك القائم على الفائدة الربوية، وكذا بيان التخريج الشرعي لعمليات البورصة، والتي غالبا ما يكون القصد منها المضاربة على فروق الأسعار، وبيع الإنسان ما ليس عنده، ناهيك عن أثرها الاقتصادي المدمر، حيث سببت ومازالت تسبب الأزمات الاقتصادية تلو الأزمات.

المبحث الأول: التمويل بالمضاربة

تعتبر المضاربة أقدم وسيلة استثمارية عرفتها الشريعة الإسلامية، حيث عرفت قبل الإسلام، ثم أقرها التشريع الإسلامي، وقد تبنت المصارف الإسلامية المضاربة كبديل للتمويل الربوي. بيد أن بعض الباحثين رأوا أن عمل البنوك الربوية لا يخرج في مضمونه عن المضاربة الشرعية(١)، وزعموا أن ضوابط وشروط المضاربة لا تعدو أن

(١) طنطاوي، محمد سيد، معاملات البنوك وأحكامها الشرعية، دار النهضة، مصر، ط١٥، ١٤١٧هـ، وفيه آراء لبعض الفقهاء، كفتوى على الخفيف، ص ١٩٠، ١٩١، ويسين طه سليم، ص ٢٠٣، وفتوى محمد الشحات، ص ٢١٠، وعبد المنعم النمر، ص ٢١١.

تكـون مجرد اجتهادات، فأردنا بيان وتفنيد تلـك الدعاوى الخاصة بالمضاربة الشرعية، والتأكيد على أنها تختلف جملة وتفصيلا عن التمويل الربوي كالآتي:

المطلب الأول: تعريف المضاربة وتأصيلها الشرعي

قيل بأنها: مفاعلة من الضرب في الأرض والسير فيها للتجارة(٢)، أما اصطلاحا فيكاد أغلـب الفقهاء يتفقون على أنها نوع من أنواع الشركة بين رب المال والمضارب، وقد قيـل في تعريفها هي: (أن يدفع إنسان ماله إلى آخر يتجر فيه والربح بينهما وهي جائزة بالإجمـاع)(٣)، وعنـد خليل هي: (توكيل على تجر في نقـد مضروب مسلم بجزء من ربحه)(٤)، واعتبرها صاحب البحر شركة في الربح بمال من جانب وعمل من جانب(٥). وهـي ثابتـة بالسنة الفعلية، فقـد ورد عن بعضـ الصحابة رضي الله عنهـم كعمر بن الخطـاب وعائشة وابن مسعود وابن عمر أنهم كانـوا يقـولون اتجروا في أموال اليتامى

(٢) ابن منظور، لسان العرب، دار صادر، بيروت، ط١، ج١، ص ٥٤٥، والزمخشري، الفائق، علي محمد البجاوي، ومحمد إبراهيم دار المعرفة، لبنان، ط٢، ج٣،ص١٨٧ والفيروز أبادي، القاموس المحيط، مؤسسة الرسالة، بيروت، ج١،ص ٨٤١، وابن مفلح الحنبلي، المبدع، دار الكتب الإسلامي، بيروت، ١٤٠٠هـ،ج٥ ،ص١٧ .

(٣) ابن قدامة، عبد الله المقدسي، الكافي في فقه ابن حنبل، ت زهير الشاويش، دار المكتب الإسلامي، بيروت، ج٢، ط٥، ١٩٨٨م، ص٢٦٧، وأبو جعفر الطحاوي، شرح معاني الآثار، تحقيق محمد زهري النجار، دار الكتب العلمية، بيروت، ١٣٩٩هـ، ج٤، ص ١١٥، ومحمد بن الحسن الشيباني، المبسوط، ت أبو الوفا الأفغاني، دار النشر إدارة القرآن وعلومه، كراتشي، ج٢٢،ص١٨ ، والشوكاني، محمد بن علي، سيل الجرار، ت محمود زايد دار الكتب العلمية، بيروت، ط١، ١٤٠٥هـ، ج٣، ص ٢٣١ ، ومحمد بن بلبان الدمشقي، أخصر المختصرات، دار البشائر الإسلامية، ناصر العجمي، بيروت، ط١، ١٤١٦هـ، ج١، ص ١٨٣، وابن تيمية المحرر في الفقه، مكتبة المعارف، الرياض، ط ٢ ، ١٤٠٤هـ ج١،ص٣٥١، وابن جزي، القوانين الفقهية، د.ت.ط،ج١، ص١٨٦.

(٤) خليل بن اسحاق، مختصر خليل، ت أحمد علي حركات دار الفكر، بيروت، ١٤١٥هـ، ج١، ص٢٣٨، والعظيم آبادي، عون المعبود، دار الكتب العلمية، بيروت، ط٢، ١٩٩٥م، ج٩، ص ١٧٠، والمتقي الهندي، كنز العمال في السنن والأقوال، مؤسسة الرسالة، بيروت ١٩٨٩م، ج١٥، ص٢٤٩.

(٥) ابن نجيم الحنفي، البحر الرائق، دار المعرفة، بيروت، ط٢، ج٧،ص ٢٦٣، وابن رشد، أبو الوليد، بداية المجتهد، دار الفكر، بيروت، ج٢ص ١٩٢.

حتى لا تأكلها الزكاة، وأنهم كانوا يضاربون بأموال اليتامى[٦]، ونُقِل الإجماع على جوازها، جزم بذلك ابن حزم وشيخ الإسلام ابن تيمية، حيث أكدا على أنها كانت معروفة في الجاهلية، وأن النبي صلى الله عليه وسلم خرج بمال خديجة مضاربة.[٧]

المطلب الثاني: أركانها وما يشترط فيها

لكل عقد من عقود الشريعة الإسلامية أركان وشروط يقوم عليها، فإذا انتفى ركن أو شرط من تلك الشروط فسد العقد، ومنها عقد المضاربة، وسنجمع بين ذكر الركن وما يشترط فيه.

الركن الأول: العاقدان:

تقوم المضاربة بالأساس على صاحب المال وعلى المضارب، وقد اتفق الفقهاء إجمالاً على اشتراط أهليتهما، وعليه فلا تصح المضاربة من مجنون ولا من صبي ولا من محجور عليه ولا من سفيه، أي ما يشترط عموماً في الموكل والوكيل، وأوجز صاحب التنبيه هذا بقوله: (من جاز تصرفه في المال صح منه عقد القراض)[٨]، وجزم الشوكاني بأنه لا يشترط فيها إلا التراضي وقدر من الربح إذا وقع.[٩]

(٦) أبو عمر بن عبد البر، الاستذكار، تحقيق محمد عطا، ومحمد علي عوض، دار الكتب العلمية، بيروت، ٢٠٠٠م، ج٧، ص ٤، ومحمد بن علي الشوكاني، الدراري المضية، دار الجيل، بيروت، ١٤٠٧هـ، ج١، ص ٣٢٨.

(٧) الشافعي، الأم، دار المعرفة، بيروت، ط٢، ١٣٩٣هـ، ج٤، ص ١١، وابن قدامة المقدسي، الكافي في فقه ابن حنبل، دار المكتب الإسلامي، بيروت، د.ت.ط، ج ٢، ص ٢٦٧، وابن حزم، المحلى، دار الآفاق الجديدة، بيروت، ت لجنة إحياء التراث العربي، ج ٨، ص ٢٤٧، وابن تيمية، أبو العباس، كتب ورسائل وفتاوى ابن تيمية في الفقه، ت عبد الرحمن النجدي، ط٢، ج١٩، ص ١٩٥، والصنعاني، محمد الأمير، سبل السلام، ت محمد الخولي، دار إحياء التراث، ط٤، ١٣٧٩ هـ، ج٤، ص ٧٧.

(٨) الشيرازي، أبو اسحاق، التنبيه، ت أحمد حيدر، عالم الكتب، بيروت، ط١، ١٤٠٣، ج١، ص ١١٩، والسبكي، الإبهاج، تحقيق جماعة من العلماء، دار الكتب العلمية، بيروت، ١٤٠٤هـ، ط١، ج١، ص١٢٩.

(٩) الشوكاني، محمد بن علي، السيل الجرار، ج٣، ص ٢٣١.

اشتراط الإسلام:

لم يشترط الفقهاء جملة الإسلام لصحة هذا العقد، ولكنهم كرهوا مشاركة النصراني والذمي لعدم تورعهما عن الحرام، وفي هذا يقول ابن قدامة: (قال أحمد: يشارك اليهودي والنصراني ولكن لا يخلو اليهودي والنصراني بالمال دونه ... وبهذا قال: الحسن والثوري وكره الشافعي مشاركتهم مطلقاً)[١٠]، ونفس المعنى نقل عن مالك.[١١]

الركن الثاني: المال وما يشترط فيه:

اعتبر الفقهاء المال ركناً من أركان المضاربة لكونها شركة بين رب المال والمضارب ووضعوا لها شروطاً كالآتي:

الشرط الأول:

أن يكون مال المضاربة أثماناً أي دراهم أو دنانير: اتفق الفقهاء على جواز المضاربة بالدراهم والدنانير لانتفاء الغرر فيها عكس العروض، جاء في البحر: (وشروطها أن يكون رأس المال من الأثمان وهو معلوم)[١٢]، ونقل ابن عبد البر بأن الفقهاء لم يختلفوا في جوازها بالعين من الذهب والورق[١٣]، أما المضاربة بالعروض فقد منعها

(١٠) ابن قدامة، المغني، دار الفكر، بيروت، ١٤٠٥هـ، ط١،ج٥،ص ١٠٩.

(١١) مالك، المدونة الكبرى، دار صادر، بيروت، د.ت.ط، ج١٢، ص ٧٠.

(١٢) ابن نجيم الحنفي، البحر الرائق، مرجع سابق، ج٧ص ٢٦٣، والمرغيناني، الهداية شرح البداية، المكتبة الإسلامية، بيروت، د.ت.ط، ج٣، ص ٦، والشيرازي، المهذب، دار الفكر، بيروت، ج١ ص ٣٨٥، وابن حزم، المحلى، مرجع سابق، ج٨ ص٢٤٧، والطحاوي، مختصر اختلاف العلماء، ت عبد الله نذير، دار البشائر الإسلامية، بيروت، ط٢، ج٤، ص ٣٧، وابن عبد البر، الكافي، دار الكتب العلمية، بيروت، ١٤٠٧هـ، ط١، ج١ ص ٣٨٤.

(١٣) ابن عبد البر، الاستذكار، مرجع سابق، ج٧، ص ١٩، وابن قدامة، المغني، مرجع سابق، ج ٥، ص ١٢٤، والماوردي، علي، الإقناع، د.ت.ط، ج١، ص ١١٠.

الفقهاء.[١٤] وقد اختلفوا إذا ما قال صاحب المال للمضارب خذ هذه العروض واعمل بثمنها مضاربة على رأيين، فأجازها الحنفية، والحنابلة، ومنعها المالكية، والشافعية، جاء في الهداية: (ولو دفع إليه عرضاً وقال بعه واعمل مضاربة في ثمنه جاز)[١٥]، وذكر ابن قدامة رواية أخرى عن الحنابلة فقال: (وعن أحمد رواية أخرى أن الشركة والمضاربة تجوز بالعروض وتجعل قيمتها وقد العقد رأس المال قال أحمد إذا اشتركا في العروض يقسم الربح على ما اشترطا وقال الأثرم سمعت أبا عبد الله يسأل عن المضاربة بالمتاع قال جائز فظاهر هذا صحة الشركة بها اختار هذا أبو بكر وأبو الخطاب)[١٦]، أما المالكية فقد لخص خليل مذهبهم بقوله: (ولا بتبر لم يتعامل به ببلدة وعرض إن تولى بيعه)[١٧]، وجاء في إعانة الطالبين: (لو قال بع هذا وقارضتك على ثمنه فلا يصح كل ذلك)[١٨].

فإذا كانت علة المنع هي جهالة الثمن، فيمكن القول إن رضا صاحب المال بتقديم العروض للمضارب من أجل بيعها دليل على ائتمانه، واعتبار المنفعة الزائدة عند المالكية تطوع من المضارب، فيكون الراجح هو الجواز.

الشرط الثاني:

أن يكون المال عيناً لا ديناً: ناقش الفقهاء المعاصرين تحت هذا الشرط ثلاث مسائل تطبق في بعض المصارف الإسلامية:

١- المضاربة بالدين الذي في ذمة المضارب، كالشيك المسحوب على نفس مصرف الاستثمار:

(١٤) خليل، مختصر خليل، مرجع سابق، ج١، ص ٢٣٨، والسرخسي، أبو بكر، المبسوط، دار المعرفة، بيروت، د.ت.ط ،ج١١، ص ١٦٠، والشيرازي، المهذب، دار الفكر، بيروت، د.ت.ط،ج ١، ص ٣٨٥ .

(١٥) المرغيناني، الهداية، مرجع سابق، ج٣، ص ٢٠٢ .

(١٦) ابن قدامة، المغني، مرجع سابق، ج ٥، ص ١١.

(١٧) خليل، مختصر خليل، مرجع سابق، ج١ ص ٢٣٨.

(١٨) أبو بكر الدمياطي، إعانة الطالبين، د.ت.ط، دار الفكر، بيروت، ج٣، ص ٩٩.

المضاربــة بالدين الــذي في ذمة المضارب مستنــده هو أن البنوك غالبــاً ما تستثمر الأمــوال الجارية بتفويض من أصحابها في الصناديق الاستثمارية، بناءً على أن الراجح اعتبار تلــك الودائع المصرفية قروضاً[19]، وقد اختلــف الفقهاء في حكم استثمار تلك الودائع التي تعتبر ديناً على المصرف وانقسموا إلى رأيين:

الرأي الأول:

ذهب جمهور الفقهاء من الحنفية[20]، والمالكية[21]، والشافعية[22]، والحنابلة[23] إلى منــع المضاربة بالدين كما لو قال: ضــارب بالدين الذي عليــك، واعتبروها فاسدة إذا وقعت، وأسند صاحــب المغني ذلك لأكثر أهل العلم بل نقل الإجماع على ذلك، جاء في المغنــي: (أجمع كل مــن نحفظ عنه من أهــل العلم أنه لا يجــوز أن يجعل الرجل ديناً له علــى رجل مضاربة وممن حفظنا ذلك عنه عطــاء والحكم وحماد ومالك الثوري وإسحاق وأبو ثــور وأصحاب الــرأي وبه قال الشافعي، وقــال بعض أصحابنا يحتمل أن تصــح المضاربة)[24]، أمــا علة المنع عند المالكية فهي الخوف مــن الوقوع في الربا، جــاء في المدونة: (خوفاً من أن يكون إنما اعتزي أن يؤخر بالدين ويزيده في دينه)[25]،

(١٩) قــرار مجمــع الفقــه الإسلامــي، مجلــة مجمــع الفقه الإسلامــي، بجدة، طبعــة جمعية الدعــوة الإسلامــي، بليبيا، ١٤١٧هـ، ع٩، ج١، ص ٩٣١، والقرضاوي، فوائد البنوك هــي الربا الحرام، مكتبة وهبة، القاهرة، ط٤، ١٤١٩هـ، ١٩٩٩م، ص ٥٧، والسالوس، الاقتصــاد الإسلامــي والقضايا الفقهية المعاصــرة، دار الثقافة، قطر، ١٤١٦هـ، ١٩٩٦م، ص١٦٢، والصاوي، مشكلة الاستثمار، دار المجتمع للنشر والتوزيع، ط١، ١٤١٠هـ، ١٩٩٠م، ص ٤٥٣، وعلى القري، مجلة مجمع الفقه، مرجع سابق، ع٩، ج١، ص ٧٣٠، ومسعود الثبيتي، مجلة مجمع الفقه، مرجع سابق، ع٩، ج١، ص ٨٣٧.

(٢٠) المرغيناني، الهداية، مرجع سابق، ج٣، ص ٢٠٢.

(٢١) ابن عبد البر، الكافي، مرجع سابق، ج١، ص ٣٨٤.

(٢٢) الغزالي، الوسيط، تحقيق أحمد إبراهيم، ومحمد تامر، دار السلام، القاهرة، ط١، ١٤١٧هـ، ج٤، ص ١٠٩.

(٢٣) ابن قدامة، الكافي، مرجع سابق، ج٢، ص ٢٦٩.

(٢٤) ابن قدامة، المغني، مرجع سابق، ج ٥، ص ٤٣.

(٢٥) مالك، المدونة، مرجع سابق، ج١٢، ص ٨٨.

وأما الشافعية والحنابلة فقد ذكروا أن علة المنع هي عدم حصول القبض، لأن الدين لا يدخل في ملك الدائن إلا بالقبض كما أنه لا يكون قابضاً مقبضاً من نفسه.(٢٦)

الرأي الثاني:

هو الجواز في رواية أخرى للحنابلة ذكرها ابن قدامة فقال: (وقال بعض أصحابنا يحتمل أن تصح)(٢٧)، وقد انتصر ابن القيم لهذا الرأي(٢٨) ومال بعض المعاصرين معه قال الصاوي: (والذي نراه في المسألة أن الدين إذا كان على معسر لم تجز المضاربة به وذلك لشبهة الربا التي أشار إليها المالكية، أما إذا كان على مليء فلا بأس بذلك لعدم الشبه)(٢٩)، فعلم مما تقدم أن العلة المذكورة لا تقوى على منع المضاربة بالدين إذا كان المدين مليئاً، وعليه يمكن إجازة استثمار البنوك الإسلامية للودائع الجارية التي حولتها عملياً إلى ودائع استثمارية بناء على جواز المضاربة بالدين والله أعلم.

٢-المضاربة بالدين الذي في ذمة طرف ثالث كالشيك المسحوب على مصرف غير مصرف الاستثمار:

أما لو قال رب المال لرجل: اقبض مالي على فلان من الدين وقارض به أي ضارب به جاز عند الأحناف والحنابلة، ومنعه المالكية، وفصل فيه للشافعية، قال ابن نجيم الحنفي: (بأن قال اقبض مالي على فلان ثم اعمل به مضاربة فهو جائز وإن كان مكروهاً لأنه اشترط منفعة قبل العقد)(٣٠)، وفي الكافي: (وإن قال اقبض مالي على فلان فضارب

---

(٢٦) أبو بكر، إعانة الطالبين، مرجع سابق، ج٣، ص٩٧، وابن قدامة، المغني، مرجع سابق، ج٥، ص ٤٣.

(٢٧) ابن قدامة، المغني، مرجع سابق، ج ٥، ص ٤٣.

(٢٨) ابن القيم، أبو عبد الله محمد، أعلام الموقعين، ت طه سعد، دار الجيل، بيروت، ١٩٧٢م، ج٣، ص ٣٣٨.

(٢٩) الصاوي، مشكلة الاستثمار، مرجع سابق، ص ٣٧، وعبد الله الشبيلي، الخدمات الاستثمارية، دار ابن الجوزي، ط١، ١٤٢٥هـ، ٢٠٠٥م، السعودية، ج١ ،ص ١٧١.

(٣٠) ابن نجيم، البحر الرائق، مرجع سابق، ج٧، ص ٢٦٣.

بـه ففعل صح لأنه وكيل في قبضه فيصير كالوديعـة)[٣١]، أما المانعون من المالكية فقد صرحوا بأن رب المال طلب منفعة زائدة وهو فاسد عندهم، قال ابن رشد: (وهذا أصله أن من اشترط منفعة زائدة في القراض أنه فاسد)[٣٢]، أما الشافعية ففرقوا بين قول رب المال: اقبض ديني من فلان، فإذا قبضته فقد قارضتك عليه، وبين قوله: اقبض ديني من فلان وقارض به، فمنعوا الصيغة الأولى، وأجازوا الثانية، ووجهوا هذا بأن القراض أي المضاربة علقت في الأولى على شرط القبض، وقد ذهبوا في أصولهم على أن القراض المعلق على الشرط غير جائز، قال النووي: (أو اقبضه فإذا قبضته فقد قارضتك عليه لم يصح)[٣٣]، وعليه نرى أن المضاربة مادامت مضافة إلى رأس مال وليست إلى دين، فهي جائزة، وبأن مخاوف المانعين والمفصلـين لا تقوى على المنع، وعليه يجوز للمصارف الإسلامية أن تضـارب بالشيك المسحوب على مصرف غـير مصرف الاستثمار والله أعلم.

٣- هل تجوز المضاربة بالوديعة: على القول بأن الودائع المصرفية تعتبر ودائع حقيقية؟

أجاز ذلك الأحناف[٣٤]، والشافعية[٣٥]، والحنابلة[٣٦]، وكره بعض أما المالكية المقارضة بالوديعـة، فلم يجزها ابن القاسم، وكرهها أشهب أيضـاً ولكنه أجازها إن وقعت[٣٧]، وعليه يجـوز استثمار تلك الودائع في الأمد القصير. ولكـن جرت عادة البنوك أن لا تعطي أيـة عوائد لأصحابها خصوصاً على الودائع الجارية، وهو ما يتعارض مع عدالة

(٣١) ابن قدامة، الكافي، مرجع سابق، ج٢، ص ٢٦٩ .
(٣٢) ابن رشد، بداية المجتهد، مرجع سابق، ج٢، ص ١٧٩.
(٣٣) النووي، روضة الطالبين، مرجع سابق، ج٥، ص ١١٧.
(٣٤) السرخسي، المبسوط، مرجع سابق، ج٢٢، ص٢٩.
(٣٥) الشيرازي، المهذب، مرجع سابق، ج١ ص ٣٨٥ .
(٣٦) ابن قدامة، المغني، مرجع سابق، ج٥، ص ٤٤.
(٣٧) ابن عبد البر ، الاستذكار، مرجع سابق، ج٧، ص ٩، ومختصر خليل، مرجع سابق، ج١ ، ص ٢٣٨.

توزيع المال المنشودة في منهج المصارف الإسلامية، وربما لو خصصت المصارف جزءاً من تلك العوائد كجوائز بالقرعة للمودعين، أو شاركت في تقديم قروض حسنة لمن أصابته أزمة مالية يكون ذلك أقرب للعدالة. ومع كل هذا يرى الباحثون أن هذا ليس عدلاً ولا كافيا، حيث يكمن إعطاء بعض العوائد لأصحاب الودائع الجارية الذين حافظوا على أرصدهم في أكثر مدة أو كان سحبهم الدوري أقل.

الشرط الثالث:

معلومية رأس المال أي (القدر والصفة):لم يختلف الفقهاء في وجوب أن يكون المال معلوماً لئلا يؤدي ذلك إلى جهالة الربح ولا إلى فساد المضاربة. ولذا اختلفوا في جواز المضاربة بالعروض.(٣٨)

الشرط الرابع:

تسليم المال للمضارب: المراد بهذا الشرط هو التسليم الحقيقي ليزاول المضارب عمله، ولذا شدد الفقهاء في وجوب التخلية بين المضارب ورأس المال إجمالاً.(٣٩) ولعل هذه النقطة من أهم النقاط المطروحة اليوم في ساحة العمل المصرفي لإيجاد بعض المخارج فقهية من أجل مراقبة المضارب، حيث يعتقد بعض الباحثين أن سبب انحصار نسبة المضاربة في المصارف الإسلامية راجع إلى طبيعتها، لكونها تمثل أكثر أساليب المخاطرة. إضافة إلى إخفاء بعض المضاربين لحقيقة الأرباح، فنعكس سلباً على

(٣٨) ابن قدامة، المغني، مرجع سابق، ج٥ ص ٤٣، والدردير، الشرح الكبير، محمد عليش، دار الفكر بيروت، د.ت.ط، ج٣، ص٥١٧، والشيرازي، المهذب، مرجع سابق، ج١، ص ٣٨٥، والشوكاني، السيل الجرار، ت محمود زايد، دار الكتب العلمية، بيروت، ط١، ١٤٠٥هـ، ج ٣، ص ٢٣٢، والكاساني، علاء الدين، بدائع الصنائع، دار الكتاب العربي، بيروت، ط٢، ١٩٨٢م، ج٦، ص ٨٣.

(٣٩) السرخسي، المبسوط، مرجع سابق، ج١١، ص ١٥٧، والكاساني، بدائع الصنائع، مرجع سابق، ج ٦، ص ١٥٧، ومحمد الشربيني، الإقناع، دار الفكر، تحقيق مكتب البحوث والدراسات، ١٤١٥هـ، ج٢، ص ٣١٤، واللكنوي، الجامع الصغير وشرحه النافع الكبير، دار الكتب، بيروت، ط١، ١٤٠٦هـ، ج١، ص ٢٢٤.

نسبة المضاربــة وأدى إلى تضائلها، ولعل الإحصائيات التــي سنوردها تؤكد انحصار نسبة المضاربة في بعض المصارف الإسلامية. وقد أرتئ البعض وجوب وضع ضوابط شرعية للتقليل من مخاطر المضاربة، وسننقل بعض مقترحاتهم، مع محاولة الترجيح.

الركن الثالث: العمل وشروطه: اعتبر الفقهاء العمل ركن من أركان المضاربة ووضعوا له شروطاً.

أولاً: أن يكون مجــال العمل في التجارة وتوابعها: يمكن بالاستقراء تقسيم المذاهب إلــى ثلاثة آراء، فالرأي الأول: للشافعية الذين حصروا المضاربة في التجارة فقط، قال النــووي: (وظيفــة العامل التجارة وتوابعهــا كنشر الثياب وطيها فلــو قارضه ليشتري حنطة فيطحن ويخبز أو غزلاً ينسجه ويبيعه فسد القراض)[٤٠]، والرأي الثاني: للمالكية والحنفيــة، حيث ذهبــوا إلى أن المضاربــة لا تتقيد بالتجارة بــل في الزراعة والصناعة وغيرها، جاء في المبسوط: (وما كان من عمل يملكه المضارب بمطلق العقد ولو استأجر أرضاً بيضاء على أن يغرس فيها شجراً أو أرطاباً فقال ذلك من المضاربة فهو جائز)[٤١]، أمــا المالكية فعلى مذهبهم من عدم اشتراط أية منفعة زائدة، ولذا قيدوا عموماً التجارة مع صاحب الحرفة بعدم شرط رب المال عليه ذلك، جاء في المدونة: (أرأيت إن دفعت لرجــل مالا قراضاً على أن يشــتري بها جلودا فيعملها بيده خفاقــاً أو نعالاً أو سفراً ثم يبيعهــا فمــا رزق الله فهو بيننا نصفين؟ قــال: لا خير في هذا عند مالــك)[٤٢]، والرأي الثالث: فهو للحنابلة ومذهبهم هــو أوسع المذاهب، فأجازوا العمل في الشيء ببعض نمائه، قــال صاحب الكافي: (فإذا دفــع دابته إلى رجل يعمل عليهــا أو عبده ليكسب

(٤٠) النووي، محي الدين يحي، منهاج الطالبين ، دار المعرفة، بيروت، د.ت.ط،ج١، ص ٧٤.

(٤١) السرخسي، المبسوط، مرجع سابق، ج ٢٢، ص ٧٣.

(٤٢) مالك، المدونة، مرجع سابق، ج١٢، ص ٨٩.

ويكـون ما يحصل بينهما نصفين أو أثلاثاً صـح نص عليه لأنها عين تنمى بالعمل فجاز العقـد عليها ببعض نمائها كالشجر في المساقات ... أو غزالاً لينسجه ثوباً بثلث ثمنه أو ربعه جاز).[٤٣]

ثانيـاً: أن لا يضيق عليه التصرف إلا بمـا هو ممكن: لعل تقسيم الأحناف المضاربة إلى مضاربة مطلقة ومقيدة يساعدنا في معرفة بعض الشروط المفيدة، مع أننا نؤكد أن الكثير من الشروط مختلف فيها وراجعة إلى ما كان معهوداً في عرفهم وزمانهم، و لقد لخص صاحب المختصر ذلـك بقوله: (قال أصحابنا إذا شرط على المضارب أن لا يشتري إلا مـن فلان أو لا يشـتري إلا الرقيق أو على أن لا يبيع ولا يشـتري إلا بالكوفة كان ذلك علـى ما شرط ولا ينبغي أن يتجاوزه فـإن تعداه ضمن، وقال مالك لا خير في شي من ذلك وتفسد المضاربة بهذه الشروط، وكذلك إذا قال لا تشتري إلا سلعة موجودة كثيرة لا تختلـف في شتاء ولا صيف فإن ذلك لا بأس به، وقال الليث يجوز أن يشترط شرطاً لا بأسـ به مثل أن يقول لا تركب في البحـر ولا تسلف سلعة واستر يداً بيد ... وقال الشـافعي لا يجوز أن يقارضه إلى مدة ولا أن يشترط أن لاشترى إلا من فلان ولا سلعة واحـدة بعينها أو نخلاً أو دواباً فإن فعل ذلك كله فاسد)[٤٤]، ولذا نرى أن هذا التضييق أو عدمه مقيد بالعرف التجاري المعاصر، وبمدى أهميته، فإذا كان نافعاً لزمه وإلا فلا.

الركن الرابع: الربح وشروطه:

لمـا كان الربح من أهم أركان المضاربة لم يترك الفقهاء هـذا الركن سائباً بل ضبطوه حتى لا تكون المضاربة فاسدة، وهو من أهم ما يثار اليوم على لسان البعض[٤٥]، قصد

(٤٣) ابن قدامة، الكافي، مرجع سابق، ج٢، ص ٢٦٤، ٢٦٥.
(٤٤) الطحاوي، مختصر اختلاف العلماء، مرجع سابق، ج٤، ص٣٨، ٣٩.
(٤٥) طنطاوي، محمد سيد، معاملات البنوك، مرجع سابق، وفيه فتوى على الخفيف، ص ١٩٠، ١٩١، ويسين طه سليم، ص ٢٠٣، وفتوى محمد الشحات، ص ٢١٠، وعبد المنعم النمر ص ٢١١.

محاولة تأصيل وتخريج للمعاملات الربوية ببعض الشبه، وبدعوى أن هذه الشروط مجرد اجتهادات، وبأن التقيد بها غير لازم، وسنؤكد على أن هذه الشروط هي محل إجماع بين الفقهاء.

الشرط الأول:

معلومية الربح:لم يختلف الفقهاء في هذا الشرط، وبأن جهالته توجب فساد العقد، وممن نقل الإجماع على ذلك الحافظ ابن عبد البر وغيره، حيث قال: (وكذلك أجمعوا أن القراض لا يكون إلا على جزء معلوم من الربح نصفاً كان أو أقل أو أكثر).[٤٦]

الشرط الثاني:

كونه جزءاً شائعاً: قال ابن المنذر: (واجمعوا على إبطال القراض الذي يشترط أحدهما أو كلاهما لنفسه دراهم معدودة)[٤٧]، وجاء في الكافي: (ويشترط تقدير نصيب العامل ونصيب كل واحد من الشريكين في الشركة بجزء مشاع لأن النبي صلى الله عليه وسلم عامل أهل خيبر بشطر ما يخرج منها والمضاربة في معناها)[٤٨]. وبين صاحب المهذب العلة في كذلك كما في حالة عدم وجود ربح، أو أن الربح المشترط هو الربح كله، وبالتالي لا يأخذ الثاني شيئاً، وهذا ينافي مقتضى الشركة.[٤٩] والذي غاب عن بعض المعاصرين الذين أباحوا شهادات الاستثمار ذات الفائدة الثابتة أن المصرفية الإسلامية تريد أن تحول العالم من علاقة الدائن بالمدين التي ركزت الثروة في أيدي قلة من الناس إلى علاقة الشريك بالشريك القائمة على قاعدة (الغنم بالغرم)، وقد رد مجمع الفقه الإسلامي على تلك الفتاوى وبين خطئها وبأنهم أباحوا ما نص القرآن

(٤٦) ابن عبد البر، الاستذكار، مرجع سابق، ج٧، ص ٥، والشيرازي، المهذب، مرجع سابق، ج١ ، ص ٣٨٥.

(٤٧) ابن المنذر، الإجماع، دار الدعوة الإسكندرية، ط٣، ١٤٠٢هـ، ج١، ص ٩٨.

(٤٨) ابن قدامة، الكافي، مرجع سابق، ج٢، ص ٢٦٧، والمرغيناني، الهداية، شرح البداية، مرجع سابق، ج٣، ص ٢٠٢.

(٤٩) الشيرازي، المهذب، مرجع سابق، ج١، ص ٣٨٥.

على تحريمه.(٥٠)

الشرط الثالث:

اشتراكهما في الربح: وهذا ما تقتضيه الشركة، فيستحق رب المال بعض الربح لماله، ويستحق المضارب الربح لعمله، ثم إنهم اختلفوا إذا اشترط أحدهما كل الربح لنفسه كالآتي:

الرأي الأول: ذهب الحنفية والمالكية وإحدى الصور عند الحنابلة كما لو قال: خذ هذا المال فاتجر به وربحه كله لك إلى جوازه واعتبروه قرضاً أي من باب التبرع (٥١)، إذ العبرة بالمقاصد والمعاني.

الرأي الثاني: للحنابلة ولهم تفصيل في ذلك حيث ذهبوا إلى فساد المضاربة إذا قال رب المال: خذ هذا المال مضاربة والربح كله لك، وبين قوله خذ هذا المال فاتجر به، جاء في الكافي: (وإن قال خذه مضاربة والربح كله لك أو قال لي، لم يصح... وإن قال خذه فاتجر به والربح كله لك فهو قرض).(٥٢)

المطلب الثالث: الأهمية الاقتصادية للمضاربة

يمكن القول إن المضاربة من أهم الطرق التي يتحصل بها الإنسان على أصل المال، وقد انفردت شريعة الإسلام بهذه المعاملة التي أراد الله عن طريقها تحصيل أصل المال لعباده، فالمضاربة تفجر الطاقات والمواهب للحصول على المال وتملكه، ولا يتطلب هذا إلا مجرد المشاركة بالعمل، فكانت معاملة عادلة لكلا الطرفين، فإما ربح يقتسم

(٥٠) السالوس، أحمد، الاقتصاد الإسلامي والقضايا الفقهية المعاصرة، دار الثقافة الدوحة، مؤسسة الريان، ١٤١٦هـ، ١٩٩٦م، ج١، ص ٣٩٩، ٤٠٠.

(٥١) المرغيناني، الهداية، مرجع سابق، ج٣، ص ٢٠٢، وابن جزي، محمد، القوانين الفقهية، د.ت.ط، ج١، ص ٢٦٩

(٥٢) ابن قدامة، الكافي، مرجع سابق، ج٢، ص ٢٦٩.

بينهمـا حسب الاتفاق، أو وضيعــة على رأس المال، وخســران العامل لوقته وجهده. فهــي تقضي على السلبية الموجودة في الفرد وتسمو به إلى روح العمل وتحصيل المال، ناهيـك أنها تزاوج بين المال والعمل، ولو سخر الكثير من الأغنياء أموالهم في المضاربة لقلت البطالة وتحققت عدالة توزيع المال.

من جهــة أخرى تسعــى المضاربة عبر آليتها إلــى التوزيع العادل للـثروات، إذا تؤكد الإحصائيات إن حوالي ٣٥٨ مليار دار يمتلكون ثروة تضاهي ما يملكه ٢,٥ مليار من سكان المعمــورة، أي أن ثروتهــم تضاهي ما يملكه نصف سكان العــالم [٥٣]. ولا شك أن النظام المصرفي الربوي يعتبر من أهم العوامل التي أدت إلى تركيز الثروة، حيث إن الإحصائيات تؤكـد أن تلك الوساطـة الربوية أخفقت في تمويل المؤسســات الصغيرة والمتوسطة رغم أهميتها الاقتصادية لتلك الفئــة[٥٤]. وأن الاقتراض بفائدة الربوية معناه وجود دخل ثابت للمقرض، فماله يزاد دائمــاً حتى مع احتمال خسارة المال للمقترض، فإن قيل إن المضاربة قد يخســر بسببها المقرض والمقترض قلنــا أليست هذه العدالة المنشــودة؟ فوجود الربح والخسارة يدل وينم عن التوزيع العادل للثروات، فإما يربح ويزاد مال الطرفين، أو يخسر المضــارب حقه من العمــل ويخسر رب المال بعض مالــه، إضافة إلــى أن المضاربة توجه استخدام المال الاستخدام الصحيح الذي يولد الإنتاج الحقيقي ويزيد في معدل النمو.

ويلخصــ أحدهم أهداف المضاربة وآثارها بقولــه: (فالمضاربة نظام تمويلي إسلامي يقوم من خلاله البنك الإسلامي بتسخير المال لكل قادر على العمل وراغب فيه بحسب خبرتــه وبراعته واجتهاده، بذلــك يصبح المال أداة فعالة في توظيــف الطاقات العاطلة

(٥٣) هاتس بير مارتن، وهارالد شومان، فخ العولمة، ترجمة عدنان عباس، سلسلة علم المعرفة، ع٢٩٥، المجلس الوطني للثقافة والفنون والآداب، الكويت، ترجمة عدنان عباس، ١٩٩٨ ص ٦٠.

(٥٤) شابرا، عمر، الإسلام والتحدي الاقتصادي، ترجمة محمد السمهوري، المعهد العالمي للفكر الإسلامي، أمريكا، ط١، ١٤١٦هـ، ١٩٩٦م، ص ٣٨٩.

فالقضاء على البطالة وفي الوقت ذاته تذويب الفوارق بين الطبقات بشكل عادل وسليم لا يقوم على الاغتصاب والعنف والقتل وبهذا يؤدي المال رسالته الإسلامية في عمران الكون تنمية النشاط الاقتصادي ورفاهية المجتمع دون أخطار اجتماعية أو سلوكية تفقده ثمار هذه التنمية). [٥٥] وقد أقر بهذا بعض الاقتصاديين الأوربيين كثروت وولز بقولها: (إن البنوك الإسلامية تعد من البنوك الأصلية التي نشأت، وأعتقد إن نظام هذه البنوك قد يلعب دوراً فعالاً في تنمية وإنعاش الاقتصاد، خصوصاً خلال فترات الأزمة الراهنة، لأن هدفها الكبير يتجه نحو الاستثمارات المنتجة)[٥٦]، وإن كنا نعترف أن المصارف الإسلامية قد قصرت في هذا الباب، وحصرت معظم نشاطاتها في الأساليب الشبه مضمونة كالمرابحة والبيع بثمن آجل، والسلم، والإجارة كما تؤكده الإحصائيات التالية في الجدولين:

جدول رقم (١) يوضح النسبة المئوية ٪ للمضاربة في المصارف المذكورة فيه [٥٧]

المصرف	١٩٨٠	١٩٨١	١٩٨٢	١٩٨٣	١٩٨٤	١٩٨٥	١٩٨٦	١٩٨٧
البنك الإسلامي الأردني	١,٤	٥	٣	٢,٦	٠٣.			
بنك قطر الإسلامي					١,٢	--	٦,٦	٣,٧
المصرف الإسلامي الدولي القاهرة			٠,٥	٧,٤	٣,٩٧	٢,٠٥	٢,٨٠	
بيت التمويل السعودي التونسي					٠,٢	١,٠	٠,٩	

(٥٥) محسن الخضري، البنوك الإسلامية، ايتراك، مصر، ط٢، ١٤١٦هـ، ١٩٩٠م، ص ١٣٤.

(٥٦) مجلة الشريعة والدراسات الإسلامية، جامعة الكويت، ع٣٧، ذو الحجة ١٤١٩هـ، إبريل ١٩٩٩م، ص ٢٥٩، ٢٦٠.

(٥٧) عبد المنعم، أبو زيد، الدور الاقتصادي للمصارف، المعهد العالمي للفكر الإسلامي، القاهرة، ط١، ١٤١٧هـ، ١٩٩٦م، ص ٦٣.

جدول رقم (٢) وضح النسبة المئوية ٪ للمضاربة في المصارف المذكورة فيه

المصرف	١٩٩٨	١٩٩٩	٢٠٠٠	٢٠٠١	٢٠٠٢	٢٠٠٣	٢٠٠٤	٢٠٠٥
النظام المصرفي الإسلامي الماليزي[1]						٠	٠,٥	٠,٣
النظام المصرفي الإسلامي السوداني[2]	٦	٤	٣,٧	٦,٣	٤,٦			
مؤسسة النقد العربي السعودي[3]			٠,٠٢	٠,٠	٠,٠	٠,٠	١,٢	١,٠

مـن خلال الجدولين المذكورين أعلاه يتأكد لنا أن نسبة المضاربة كانت ضئيلة إن لم نقـل معدومة، وبالاستقراء يمكن تلخيص أسباب ضعـف نسبة المضاربة في المصارف الإسلامية فيما يلي:

١- يـرى بعض المهتمـين بالاقتصاد الإسلامي أن المضاربـة صيغة من صيغ المخاطرة التي يصعب على المصرف تحملها، فصعوبة مراقبة المضارب، وعدم جواز ضمانه من جهة أخرى يزيد في نسبة المخاطرة.

٢- النفقات الإدارية التي يصعب مراقبتها والتي قد يدعيها المضارب.

٣- اعتبار المضاربة من الاستثمار طويل الأجل الذي قد يتعارض مع قدرة المصرف، حيث إن نسبـة الودائع الجارية، وكثير مـن الودائع الاستثماريـة لا تسمح بالاستثمار الطويل(٥٨). ويمكن الرد على هذه المزاعم والشبه، وكذا ذكر بعض البدائل للتقليل من المخاطرة، وآثارها الاقتصادية بما يلي:

(أ) الـردود على هذه الشبه: أولاً: دعـوى أن المضاربة هي مخاطرة كبيرة يمكن الرد عليها بأن نقول إن الكثير من البنوك التقليدية الربوية التي تطلب الضمان وتشترط كل أساليبـه للحفاظ على مال المودعين أعلنوا إفلاسهم، وأقروا بوجود المخاطرة في طبيعة

(٥٨) صديقي، نجاة، بحوث في النظام المصرفي، مركز النشر جامعة الملك عبد العزيز، ط١، ١٤٢٤هـ، ٢٠٠٣م، ص ٢٥٢، ٢٥٣، ٢٥٥.

عمل البنوك، حيث يطلب البنك بعض الضمانات كالعقار، وقد يرتفع ثمن العقار أو ينخفض مع وجوده كضمان، ولذا فقد أرجع أحدهم حجم الديون المعدومة في اليابان التي بلغت ٨٠٠ مليار إلى انهيار سعر العقار والأصول المالية [٥٩] فلم يبق للزاعمين أي اعتراض على هذه الوسيلة ما دامت المخاطرة لصيقة بعمل البنوك، إضافة إلى أن الاقتصادي عمر شابر [٦٠] أكد بأن الضمان ما هو إلا أسلوب لتقليل المخاطر، وأن أصل التقليل يعتمد على ربحية المشروع، حسب نظريتين أسسهما الفكر الربوي، وهما نظرية الدخل المتوقع، ونظرية التسديد الذاتي.

ثانياً: إذا كان سعر الفائدة هو الضمان المزعوم عند البنوك التجارية لحماية أموال المودعين، والتي تفرض على العميل الاستثمار في المشاريع ليست ذا خطورة عالية، فإن الاستقراء الصحيح أكد عدم استقرار أسعار الفائدة، وبأنها تكلفة زائدة على المشروع.

ثالثاً: من المعقول أن نعترف مع ما قلنا إن نسبة المخاطرة مع وجود تلك الضامنات في البنوك التجارية يبقى أحسن من عدمها، ولذا أجازت كثير من الهيئات الإسلامية كمجمع الفقه الإسلامي الدولي بجدة بعد نقاش طويل جواز ضمان مال المضاربة من طرف ثالث كالدولة مثلاً، وإنشاء صناديق التأمينات بين المصارف الإسلامية، أو التأمين لدى شركات التأمين الإسلامية، فلم يبق للمعترضين أية شبهة.

(ب) الاقتراحات التطبيقية لحد من مخاطر المضاربة: يقترح بعض الباحثين [٦١] أساليب معينة في محاولة للحد من مخاطر المضاربة كالآتي:

---

(٥٩) يوسف، كمال، المصرفية الإسلامية الأزمة والمخرج، دار النشر للجامعات المصرية، ط١، ١٤٢٦هـ، ١٩٩٦م، ص ٤٧.

(٦٠) شابرا، عمر، نحو نظام نقدي عادل، ترجمة سيد محمد سكر، المعهد العالمي للفكر الإسلامي، أمريكا، ط٢، ١٤١٠ هـ، ١٩٩٠م، ص ١٧٤.

(٦١) نجاة الله صديقي، بحوث في النظام المصرفي، مرجع سابق، ص ٢٥٣، ٢٥٥، ٢٥٦، ٢٥٧، وبحث عبد الستار أبو غدة، عبد الستار، الوسائل المشروعة لتقليل مخاطر المضاربة، حولية البركة، ع٥، ط١، ١٤٢٤هـ، ٢٠٠٣ م، ص ١٩٩،٢٠٧، ٢٠٩.

١- طلب رهن أو أي ضمان يكون تحت يد المصرف خوفا من حالة التعدي والتقصي، وهـذا الاقتراح قد يتعارض مع طبيعة المضاربـة تسعى لتفجير الطاقات المعطلة، والتي غالبا ما يصعب عليها تقديم الضمان كالعقار مثلا.

٢- ضمان طرف ثالث.

٣- الحد مـن النفقات الإداريـة الزائدة كتجهيـز المكتب وتكلفة استقبـال الزبائن وغيرها.

٤- بعض الحوافز المالية الزائدة للمضارب على الربح المتفق عليه.

٥- تجزئة رأس مال المضاربة حسب الفرص الاستثمارية، والمحاسبة الدورية.

٦- تحميل المضارب الضمان في حالة إذا كانت النتيجة مخالفة تماماً لدراسة الجدوى.

٧- تقييد المضاربة بمجالات محددة.

(ج) أثر المضاربة في الاقتصاد الإسلامي:[٦٢]

١- تعاون رأس المال وجهد العمل في التنمية.

٢- ربط العائد وهو الربح بالنشاط الفعلي للتنمية.

٣- اعتبار مبدأ العمل مصدراً للرزق.

٤- التصحيح الوظيفي للمال من أجل خدمة المجتمع.

٥- رفـع شعار مبـادئ الاقتصاد الإسلامـي بكون الربح الحلال هـو المبدأ وليست الفائدة.

٦- مضاعفة القوة الإنتاجية بمبدأ المشاركة.

(٦٢) مجلة الشريعة والدراسات الإسلامية، النشر العلمي جامعة الكويت، ع٣٧، أبريل ١٩٩٩م، ص ٢٦١.

المبحث الثاني: المضاربة الربوية في الأسواق المالية

يحاول أصحاب الوساطة المالية الربويـة الاعتماد على بعض النظريات الاقتصادية القديمة التـي ترى عدم إمكانية وجود اقتصاد خال من الفائدة الربوية، ويوردون بعض الشبهات الاقتصادية التي تدعم مذهبهم، ولذا أثرنا الرد عليها قبل التطرق إلى المضاربة في البورصة كالآتي:

المطلب الأول: شبه الوساطة الربوية

١- الربا والادخار:

يزعـم أصحاب النظرية الكلاسيكيـة أن سعر الفائدة هو الـذي يعادل بين الادخار والاستثمـار، واعتـبروا أن الفائـدة هي ثمـن التضحية التـي يتضمنهـا الامتناع عن الاستهلاك[٦٣] وهو مذهب ضعيف لتعلق الادخار بالدخل، ولذا رأى الاقتصادي كينز أن الادخـار له علاقة بالدخل القومـي[٦٤]، بينما مال كموديجلياتـي إلى أن الادخار له علاقـة بسن التقاعد والشيخوخة[٦٥]، ودراسات أخرى مالت إلى أن الشك في الدخل المستقبلي يزيد من الادخار كفيشر وبولدنخ وغيرهما[٦٦]، وزاد عليه بعض الاقتصاديين الإسلاميين بأن الادخار له علاقة بالدخل والاستهلاك المتوقعين في المستقبل.[٦٧]

(٦٣) المرجع السابق، ص ٢٣٠.

(٦٤) يوسف،كمال، المصرفية الإسلامية، الأساس الفكري، دار الجامعات المصرية، مكتبة الوفاء، مصر، ط٢، ١٤١٦ هـ، ١٩٩٦م، ص ٥.

(٦٥) نديم الحق، وعباس ميراخو، السلوك الادخاري في نظام اقتصادي خال من الفائدة الثابتة، مجلة الملك عبد العزيز، الاقتصاد الإسلامي، م٤، مركز النشر العلمي جامعة الملك عبد العزيز، السعودية، ١٤١٢هـ، ١٩٩٢م، ص ٤٨، ٤٩.

(٦٦) محمد نجاة صديقي ، بحوث في النظام المصرفي ، مرجع سابق ، ص ١٠٠ .

(٦٧) عمر شابرا نحو نظام نقدي عادل، مرجع سابق، ص ١٥١.

٢- الربا وتخصيص الموارد:

يرى البعض أن سعر الفائدة يؤدي إلى التخصيص الأمثل للموارد، ويقصدون بذلك أن الفائدة هي آلية لمعادلة الطلب بالعرض، أي كلما زاد معدل الربح المتوقع زاد الطلب على النقود والعكس صحيح، وقد تبدو هذه الشبهة مقبولة نظرياً وخصوصاً من بعض الاقتصاديين الذين اعتكفوا على دراسة آثار الفائدة، بينما يرى البعض الآخر ويؤكد على أن ثمن الفائدة لا يؤدي إلى التخصيص الأمثل للموارد مثل انزلر كونراد وجونسن[٦٨]، ورالف الذي ذهب إلى أن مُعدل الفائدة لم يكن مناسباً لقرارات الاستثمار، ولا يصلح أن يتخذ قاعدة دائمة[٦٩]، ناهيك أن الواقع العملي كذبها ورفضها، فالفائدة ظاهرة نقدية تتحدد بالعرض والطلب وهي ظاهرة قصيرة الأجل لا تتصل بكفاءة المشروع ولا بربحه[٧٠]، إضافة إلى أن سعر الفائدة يعتمد على ملاءة المقترض، حيث تحصل المشروعات الضخمة على قروض بسعر أقل من المشروعات المتوسطة والصغيرة مع أنها يمكن أن تكون أكثر إنتاجية بالنسبة للدخل القومي، واللاعدالة هاته هي التي تسببت في خنق المشاريع المتوسطة والصغيرة رغم أهميتها الاقتصادية، وزادت في ضخامة المنشآت الكبيرة[٧١]، كما أن آرني بيق ستان يرى أن النظام المصرفي يعمل على تعزيز التوزيع غير العادل الرأسمالي[٧٢]، أما دعوى أن عدم وجود الفائدة يقتضى دفع المال مجاناً فيمكن الرد عليه بأن المصرفية الإسلامية تدفع المال بهامش من الربح وليس مجانا.

(٦٨) عمر شابرا، نحو نظام نقدي، مرجع سابق، ص ١٤٥.
(٦٩) المرجع السابق ص ١٤٦.
(٧٠) يوسف كمال، كيف نفكر استراتيجياً، دار التوزيع والنشر الإسلامية، د. ت.ط، ج٢ ص ٢٤٩.
(٧١) عمر شابرا، الإسلام والتحدي، مرجع سابق، ص ١٤٧.
(٧٢) شابرا، الإسلام والتحدي الاقتصادي، مرج سابق، ص ٣٨٨.

٣- تمويل الحكومة:

في ظل غياب الفائدة يستشكل البعض كيفية معالجة العجز المالي للحكومة، حيث إن الحكومة تلجأ إلى القطاع الخاص لتغطية بعض نفقاتها بدل من الالتجاء إلى الاقتراض الدولي، فتقترض من الشعب ببيع أذونات الخزانة أو سندات الخزانة بفوائد ربوية لتحل عجزها المالي، وقد أرجع أحد الباحثين أسباب نشوء الدين العام إلى ثلاثة أسباب مختلفة، أولها احتياج الحكومة إلى تمويل قصير الأجل لعلاج الهوة التي تحدث بين الوقت الذي يحدث فيه الإنفاق، وبين الوقت الذي يحصل فيه الإيراد، ويسد هذا العجز ببيع أذونات الخزينة، وعادة تدفع الحكومة فوائد ربوية على القروض القصيرة، والتي تم الحصول عليها من بيع أذونات الخزينة، وهذه الفائدة تدفع من إيرادات الضرائب التي تشكل عبئاً إضافياً على المجتمع، وثانيا الاحتياج إلى تمويل صناعات ومرافق القطاع العام بالقروض الربوية، وهي أيضاً تعبر عن ضمان عائد إيجابي لمقدم رأس المال، ويتحمل المجتمع ككل ضريبة الخسارة إذا كانت موجودة في حين يزداد المال للمقرضين، وثالثها نفقات مواجهة الكوارث الطبيعية ونفقات الدفاع والحرب التي تم تمويلها بالقروض الربوية، ، وهذا الدين العام الذي تعاني منه الكثير من الدول الذي تراكم على مر السنين، ويعالج هذا الدين الثقيل بارتفاع الضخم(٧٣)، أما الاقتصادي عمر شابرا فقد قسم النفقات التي تسبب العجز إلى نفقات متكررة وأخرى غير متكررة، فالنفقات المتكررة الخاصة بالمشاريع غير قابلة للربح والخسارة لا بد من تمويلها من إيرادات الضرائب، وعدم اللجوء إلى الاقتراض لكي ينضبط الإنفاق الحكومي، فسهولة الحصول على القروض تؤدي إلى عدم الاهتمام والتساهل في إنفاقه، أما النفقات المتكررة والمتعلقة بالمشاريع القابلة للربح والخسارة فيمكن تمويلها عن طريق

(٧٣) محمد نجاة صديقي، بحوث في النظام المصرفي، مرجع سابق، ص ٧٤، ٧٥، ٧٦.

المشاركـة في الربح، حيث تبـاع أسهمها إلى الجمهور والمؤسسـات المالية عن طريق أنواع مختلفة من الأسهم والشهادات لتعبئة موارد هذه المشاريع .[٧٤]

٤- المخاطرة بالودائع:

لمـا كان عمل المصارف يقوم بالأساس علـى المضاربة والمشاركة أي على عائد الربح عكسـ البنوك الربوية، اعتـبر البعض هذا مخاطرة بمال المودعـين لاحتمال الخسارة، وزعمـوا أن الفائدة الربوية أضمن لحمايـة الودائع ، فاحتمل ضياع المال لا يشجع على إيـداع الأموال في البنوك، وهذه شبهة أخرى غـير صحيحة على إطلاقها، فالمعروف في عـرف البنوك أنها تطلب من المقترض الضمان، وغالباً ما يكون عقاراً أو شيئاً آخر، ورغم هذه الضمانات فقد أكد أصحابها بوجود المخاطرة، ولذا تعتمد البنوك التجارية على بعضـ النظريات كنظرية الدخـل المتوقع ، ونظرية التسديـد الذاتي التي طورها بروكنـاو، ويخلص عمر شابـرا إلى أن القرض المصرفي السليـم يتعين أن يكون قابلاً للتحصيـل من ربح المشروع لا من تصفية ضمـان المقترض[٧٥]، وبهذا تكون المصارف الإسلامية قد تساوت مع البنـوك الربوية، ناهيك على أن المصارف الإسلامية أحدث نظام التأمين الإسلامي على الودائـع ، وأجازت المجامع الإسلامية جواز وجود طرف ثالث ضامن كما سبق ذكره .

المطلب الثاني: طرق وعمليات الوساطة الربوية في البورصة

تعتبر البورصة القلعة الاقتصادية للممارسات الربوية، ففيها تعقد الصفقات التجارية التـي تجمع دول العالم، ولما كان هـذه القلعة بهذه الأهمية حاولنا بيان جميع العمليات

(٧٤) شابرا ، نحو نظام نقدي عادل، مرجع سابق، ص ٢٥٦، ٢٥٧.

(٧٥) شابرا، نحو نظام نقدي عادل، مرجع سابق، ص ١٧٤.

التي تتم فيها قصد بيان الفرق الجوهري بين عقود الشريعة والتي منها المضاربة، وعقود البورصة ومضاربتها على فروق الأسعـار، وقد أكدت الموسوعة الإسلامية هذا حيث قالـت: (والمضاربة في البورصة وظيفـة أخرى من أهم وظائفها وهـي تعنى المخاطرة بالبيـع أو الشراء، بناء على التنبؤ بتقلبـات الأسعار بغية الحصول على فروق الأسعار ... والواقـع أن تسعين بالمائة من مجموع العمليات الأصلية التي تتم بالبورصة تقوم علـى أساس هذه المضاربة) (٧٦)، ويضيـف أحدهم قائلا بأن: (فمـن أصل ٨٠٠ مليار دولار التـي يتم تداولهـا يومياً في أواخـر الثمانينيات، هناك فقط ما بـين ٢٠ إلى ٢٥ مليـار دولار تستعمل لتغطية التداول اليومي للاقتصاد الحقيقي ، أما الباقي فهي أموال مضاربـة)(٧٧)، لذا وجب علينا ذكـر أنواع العلميات التي تجـري في الأسواق العالمية من أجل بيان الخـلاف الجوهري بين المضاربة الإسلامية القائمـة على الإنتاج الحقيقي وعلـى عائد الربح، وبين الوساطة الربوية القائمة على الفائدة، وعلى الربح القائم على مضاربات على فروق الأسعار، وعلى بيع الإنسان ما ليس عنده كالآتي:

١ – العمليات العاجلة:

هـي تلك العمليات التـي يلتزم فيها كل من المتعاقدين علـى تنفيذ العقود، بحيث يسلـم البائع الأوراق المالية ويقدم المشتري ثمنهـا في مدة لا تتجاوز ٤٨ ساعة، وتحدد الأسعار من خلال آليات السوق بالعرض والطلب. وهذه العملية ليس فيها أي إشكال في صحـة البيع بشرط أن لا يبيع المشـتري الجديد تلك الأسهم إلا بعد أن يستقر ملكه عليها، وأن لا تكون تلك الأوراق المالية أوراقاً محرمة (٧٨).

(٧٦) الموسوعة العلمية والعملية للبنوك الإسلامية، ط١، ١٤٠٢ هـ، ١٩٨٢م، ج٥، م١، ص ٢٩٣.

(٧٧) عبد الحي، زلوم، نذر العولمة، مطبعة الجامعة الأردنية، عمان، ط١، ١٩٩٩م، ص ٢٢١.

(٧٨) القره، داغي، بحث الأسواق المالية في ميزان الفقه الإسلامي، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، ع٧، ج١، ص ١٥١، ومحمد صبري بن هارون، أحكام الأسواق المالية الأسهم والسندات، دار النفاس، الأردن، ط١، ١٤١٩هـ، ١٩٩٩م، ص٢٧١.

٢- العمليات الآجلة:

هي العمليات التي يتفق فيها الطرفان على تأجيل التسليم ودفع الثمن إلى يو م معين يسمى بيوم التصفية، وهي عكس الأولى حيث يتفق الطرفان على تصفية الصفقة في أجل لاحق وتنقسم إلى قسمين:

أ- العمليات الباتة القطعية:

هي التي يحدد فيها موعد التسليم ويسمى موعد التصفية ولا يحق الرجوع فيها عن تنفيذ العملية، وقد يشترط فيها المشتري لنفسه حق التنازل عن حق الآجل إذا ما رأى هبوط سعر تلك الأسهم، وقد جنح أغلب الفقهاء إلى منعها كمجمع الفقه الإسلامي[٧٩]، لكونها تشتمل على بيع الإنسان ما ليس عنده، وقد صح عنه صلى الله عليه وسلم في حديث حكيم بن حزام قوله: (لا تبع ما ليس عندك)[٨٠]، وبأن البائع الأول يبيع قبل أن يحوز على المبيع عدة بيوع، وليس الغرض سوى كسب فروق الأسعار وهو نوع من المقامرة[٨١]، وزاد البعض على ذلك بأن العملية تشتمل على تأخير البدلين أي الثمن والمثمن وهو غير جائز، وبأن هذه العملية لا تفيد التملك بمجرد العقد.[٨٢]

(٧٩) سمير رضوان، أسواق الأوراق المالية ودورها في تمويل التنمية الاقتصادية، المعهد العالمي للفكر الإسلامي، القاهرة، ط١، ١٤١٧هـ، ١٩٩٦م، ٣٤٥، ٣٤٦.

(٨٠) الترمذي، سنن الترمذي، ت أحمد شاكر وآخرون، دار إحياء التراث العربي، بيروت، ج٣، ص ٥٣٤، البيهقي، أحمد بن الحسين، سنن البيهقي الكبرى، ت محمد عطا، مكتبة ابن الباز، مكة المكرمة، ١٤١٤هـ، ١٩٩٤م، ج ٥، ص ٣١٧، وأبو داود، سنن أبي داوود، تحقيق محمد محي الدين، دار الفكر، د.ت.ط، ج٣، ص ٢٨٣، والنسائي، سنن النسائي، ت عبد الفتاح أبو غدة، مكتب المطبوعات الإسلامية، حلب، ط٢، ١٤٠٦هـ، ١٩٨٦، ج٧، ص ٢٨٩.

(٨١) محمد صبري، أحكام الأسواق، مرجع سابق، ص ٢٧٤، وأحمد لطفي أحمد، معاملات البورصة بين النظم الوضعية والأحكام الشرعية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ط١، ٢٠٠٦م، ص ٢٧٢.

(٨٢) القره داغي، مجلة مجمع الفقه، مرجع سابق، ع٧، ج١، ص ١٥٥، ١٥٦، ورضوان، أسواق الأوراق، مرجع سابق، ص ٣٤٥، ومحمد صبري، أحكام الأسواق المالية، مرجع سابق، ص ٢٧٢.

وذهب بعض الباحثين إلى جوازها[83] واستدلوا بحديث جابر: (أنه كان يسير على جمل قد أعيا، فضربه النبي صلى الله عليه وسلم فسار سيراً لم يسر مثله، فقال بعينيه، فبعته واستثنيت حملانه إلى أهلي)[84]، قال ابن عبد البر معلقاً على هذا الحديث: (وهذا الحديث اختلف في ألفاظه اختلافاً لا تقوم معه حجة لأن منها ألفاظ تدل على أن الخطاب جرى بين جابر والنبي ليس فيه بيان أن الشرط كان في نص العقد ومنها ما يدل على أنه لم يكن بيعاً، ومنها ما يدل على أن البيع وقع على ذلك الشرط ومع هذا الخلاف لا تقوم معه حجة)[85]، وقال ابن حجر في الفتح: (وإنما تحصل من مجموع الروايات أنه باعه البعير بثمن معلوم بينهما... وفي الحديث جواز المماسكة لمن يعرض سلعته للبيع، والمماسكة في البيع قبل استقرار العقد ... وأن القبض ليس شرطاً في صحة البيع)[86]. وتحقيق مسألة عدم جواز تأخير البدلين يوجب علينا مناقشة أدلة المانعين والمجزين، خصوصا مع وجود مانع كإجماع كالآتي:

أدلة المانعين:

يعتمد هذا الرأي عموما على أدلة يفهم منها منع تأخير كلا البدلين، وهي عبارة عن حديثين وإجماع منقول، فالحديث الأول مروي عن ابن عمر، وهو أنه صلى الله عليه

(٨٣) الشريف، محمد عبد الغفار، سلسلة بحوث فقهية معاصرة، مجلة الحقوق، جامعة الكويت، ع٣، ١٤١٦هـ، ص ٩٥، ٩٦، وشعبان البرواري أجاز بيع الأسهم، بورصة الأوراق المالية من منظور إسلامي، دار الفكر، سوريا، ط١، ١٤٢٣هـ، ٢٠٠٢م، ص ٢١٦.

(٨٤) البخاري، صحيح البخاري، ت مصطفى البغا، دار ابن كثير اليمامة، ط٣، ١٤٠٧هـ ١٩٩٧م، ج٢، ص ٨١٠، مسلم، صحيح مسلم، ت فؤاد عبد الباقي، دار إحياء التراث العربي، بيروت، د.ت.ط، ج٣، ص ١٢٢٣، الترمذي، سنن الترمذي، مرجع سابق، ج٥، ص ٦٩١، النسائي، سنن النسائي، مرجع سابق، ج٧، ص٢٩٩.

(٨٥) ابن عبد البر الاستذكار، مرجع سابق، ج٦ ص ٢٩٦.

(٨٦) ابن حجر، فتح الباري، ت محب الخطيب، دار المعرفة، بيروت، د.ت.ط، ج٥، ص ٣٢١.

وسلم "نهى عن بيع الكالئ بالكالئ"(٨٧) وقد فُسر هذا الحديث بالنهي عن بيع الدين بالدين كما بوب له البيهقي وغيره(٨٨)، والحديث الثاني هو قوله صلى الله عليه وسلم: "لاتبع ما ليس عندك"(٨٩)، وإجماع منقول(٩٠).

أدلة المجيزين:

أصحاب هذا الرأي هم بعض الباحثين المعاصرين الذين لم يسلموا لأدلة المانعين، حيث يرون أن أدلة المنع فيها نظر، وأن إطلاق المنع على التأجيل كلا البدلين غير مسلم وهو مخصوص ببعض الحالات، أما بالنسبة لحديث النهي "نهى عن بيع الكالئ بالكالئ" فهو ضعيف عند أهل الحديث لأن في إسناده موسى بن عبيدة(٩١)، وحديث

---

(٨٧) البيهقي، سنن البيهقي الكبرى، مرجع سابق، ج٥، ص ٢٩٠، الدارقطني، على بن عمر، سنن الدارقطني، تحقيق عبد الله يماني، بيروت، دار المعرفة، ١٩٦٦م، ج٣، ص ٧١، الطحاوي، أبو جعفر أحمد، شرح معاني الآثار، ت محمد زهري النجار، بيروت، دار الكتب العلمية، ط١، ١٣٩٩م، ج٤، ص ٢١، ابن حجر العسقلاني، أحمد بن علي، الدراية في تخريج أحاديث الهداية، ت عبد الله اليماني، بيروت، دار المعرفة، ج٢، ص ١٦٠.

(٨٨) البيهقي، سنن البيهقي، مرجع سابق، ج٥، ص ٢٩٠، عبد الرزاق، أبو بكر، مصنف عبد الرزاق، ت، حبيب الرحمن الأعظمي، بيروت، المكتب الإسلامي، ط٢، ١٤٠٣هـ، ج٨، ص ٩٠، الزرقاني، محمد بن عبد الباقي، شرح الزرقاني، بيروت، دار الكتب العلمية، ط١، ١٤١١هـ، ج٥، ص ٢٩٠، الجرجاني، عبد الله بن عدي، الكامل في ضعفاء الرجال، ت يحي غزاوي، بيروت، دار الفكر، ط٣، ١٩٨٨م، ج٦، ص ٣٣٥، الجوزي، عبد الرحمن بن علي، العلل المتناهية، ت خليل الميس، بيروت، دار الكتب العلمية، ط١، ١٤٠٢هـ، ج٢، ص ٦٠١.

(٨٩) الترمذي، سنن الترمذي، مرجع سابق، ج٣، ص ٥٣٤، والبيهقي، سنن البيهقي الكبرى، مرجع سابق، ١٩٩٤م، ج٥، ص ٢٦٧، وأبو داود، سنن أبي داود، مرجع سابق، ج٣، ص ٢٨٣، وابن حنبل، الإمام أحمد، مسند أحمد، مؤسسة قرطبة، مصر، د.ت.ط، ج٣، ص ٤٠٢.

(٩٠) ابن المنذر، أبو بكر النيسابوري، الإجماع، ت فؤاد عبد المنعم أحمد، الإسكندرية، دار الدعوة، ط٣، ١٤٠٢هـ، ج١، ص ٩٢، وابن قدامة، المغني، مرجع سابق، ج٤، ص ٥١، ابن رشد، بداية المجتهد، مرجع سابق، ج٢، ص ١١٠.

(٩١) البيهقي، سنن البيهقي الكبرى، مرجع سابق، ج٥، ص ٢٩٠، الدارقطني، على بن عمر، سنن الدارقطني، تحقيق عبد الله يماني، بيروت، دار المعرفة، ١٩٦٦م، ج٣، ص ٧١، الطحاوي، أبو جعفر أحمد، شرح معاني الآثار، تحقيق محمد زهري النجار، بيروت، دار الكتب العلمية، ط١، ١٣٩٩م، ج٤، ص ٢١، ابن حجر العسقلاني، أحمد بن علي، الدراية في تخريج أحاديث الهداية، ت عبد الله اليماني، بيروت، دار المعرفة، ج٢، ص ١٦٠. ، قال: أحمد فيه لا تحل الرواية عنه عندي ولا أعرف هذا الحديث من غيره، ابن حجر العسقلاني، تلخيص الحبير، تحقيق عبد الله اليماني المدني، ج٣، ص ٢٦، النشر المدينة المنورة، ١٣٨٤هـ، ١٩٦٤م، ومحمد بن علي، الشوكاني، الدراري المضية، دار الجيل، بيروت ج١، ١٤٠٧-١٩٨٧م، ص ٣٠٠.

"لاتبع ما ليس عندك"، فقد ذكر ابن القيم كلاما أجلى فيه المسألة، حيث قال: (ليس في كتاب الله ولا في سنّة رسول الله صلى الله عليه وسلم ولا كلام أحد من الصحابة أن بيع المعدوم لا يجوز، لا بلفظ عام ولا بمعنى عام، وإنما في السنة النهي عن بعض الأشياء التي هي معدومة، كما في النهي عن بعض الأشياء الموجودة، فليست العلة المنع لا العدم ولا الوجود، بل الذي وردت به السنة النهي عن بيع الغرر، وهو ما لا يقدر على تسليمه، سواء كان موجودا أو معدوما)(٩٢)، ويخلص الباحث عبد الحميد أبو سليمان أن النهي في الحديث خاص بالبائع الذي لا يقدر على تحصيل السلعة وتسليمها، أو لا يدري إذا كان يستطيع تحصيلها ص- ٤٠٦ مجلة مجمع الفقه، وأما دعوى الإجماع في منع جميع حالات تأجيل كلا البدلين فغير مسلمة بسبب الاختلاف في تفسير الكالئ بالكالئ، فقد فسر الإمام مالك ذلك بأن يبيع الرجل دينا له على رجل بدين على رجل آخر(٩٣)، وخلص الصنعاني إلى أن معناه "أن يشتري الرجل شيئا إلى أجل فإذا حل الأجل لم يجد ما يقضي به فيقول بعنيه إلى أجل آخر بزيادة شيء فيبيعه ولا يجري بينهما تقابض والحديث دل على تحريم ذلك وإذا وقع كان باطلا(٩٤)"، كما أن أهل المدينة أجازوا تأجيل البدلين فيما يسمي ببيعة أهل المدينة، وهي الشراء من دائم العمل كالجزار والخباز لم يرو أنه من بيع الدين، فقد حدث مالك عن سالم بن عبد الله فقال: "كنا نبتاع اللحم كذا وكذا رطلا بدينار يأخذ كل يوم كذا وكذا، والثمن إلى عطاء فلم ير أحد ذلك دينا بدين، ولم يروا به بأسا"(٩٥)، وأجاز أغلب الفقهاء بيع العين

(٩٢) ابن القيم، أبو عبد الله الدمشقي، أعلام الموقعين، ت طه عبد الرؤوف سعد، بيروت، دار الجيل، ١٩٧٣م ج٢، ص ٢٨.

(٩٣) مالك بن أنس، أبو عبد الله الأصبحي، موطأ مالك، ت محمد فؤاد عبد الباقي، مصر، دار إحياء التراث العربي، ج٢، ص ٦٦٠.

(٩٤) الصنعاني، محمد بن إسماعيل، سبل السلام، ت محمد عبد العزيز الخولي، بيروت، دار إحياء التراث، ط٤، ١٣٧٩م، ج٣، ص ٤٥.

(٩٥) مالك بن أنس، المدونة الكبرى، دار صادر، بيروت، ج١٠، ص ٢٩٣.

الغائبة على الصفة التي يتأجل فيها كلا البدلين، كقول أحدهم بعتك العبد الزنجي الذي في داري، أو الفرس الأدهم الذي في اصطبلي، جاء في المذهب المالكي: "فقال مالك لا بأس ببيع الأعيان الغائبة على الصفة"(٩٦)، وقد صرح ابن عبد البر بمنع النقد فقال: "ولا يجوز النقد في بيع الغائب"(٩٧)، ولخص النفراوي مذهب المالكية على أن ما بيع على الخيار لا يجوز فيه النقد(٩٨)، أما عند الشافعية فقد ورد في الأم أن بيع الغائب الموصوف جائز كقوله: "ولا بأس بشراء الدار حاضرة وغائبة ونقد ثمنها ومذارعة وغير مذارعة قال ولابأس بالنقد مع الخيار"(٩٩)، ولكن الإمام النووي يرجح عدم الجواز في المذهب حيث قال: "قد ذكرنا أن أصح القولين في مذهبنا بطلانه"(١٠٠)، وقول الشافعي كما سبق لا بأس بالنقد دليل على عدم وجوب تقديم الثمن.

وللحنابلة أيضاً روايات لخصها شيخ الإسلام بقوله: "مسألة بيع العين الغائبة عن أحمد ثلاث روايات إحداهن لا يصح بيعه بحال كقول الشافعي في الجديد والثانية يصح وإن يوصف وللمشتري الخيار إذا رآه كقول أبي حنيفة وقد روي عن أحمد لا خيار له والثالثة وهي المشهورة أنه يصح بالصفة ولا يصح بدون الصفة كالمطلق الذي في الذمة كقول مالك(١٠١)، وصرح البهوتي والمرداوي بجواز تأخير الثمن فقالا: "وفي هذا النوع يجوز التفرق قبل قبض الثمن"(١٠٢). وقد أجاز بعض المعاصرين

---

(٩٦) ابن عبد البر، أبو عمر يوسف، التمهيد، ت مصطفى البكري، المغرب، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، ١٣٨٧هـ، ج١٣، ص ١٥.

(٩٧) ابن عبد البر، الكافي، دار الكتب العلمية، بيروت، ط١، ١٤٠٧، ج١، ص ٣٢٩.

(٩٨) أحمد، النفراوي، الفواكه الدواني، دار الفكر، بيروت، ١٤١٥، د.ط، ج٢، ص ٩٦.

(٩٩) الشافعي، محمد بن إدريس، الأم، بيروت، دار المعرفة، ط٢، ١٣٩٣هـ، ج٣، ص ٤٠.

(١٠٠) النووي، محي الدين، المجموع، ت محمود مطرحي، بيروت، دار الفكر، ط١، ١٩٩٦م، ج٩، ص ٢٨٥.

(١٠١) أبو العباس أحمد، بن تيمية، كتب ورسائل وفتاوى ابن تيمية في الفقه، مرجع سابق، ج٢٩، ص ٢٥.

(١٠٢) البهوتي، منصور، كشاف القناع، مرجع سابق، ج٣، ص ١٦٣، المرداوي، مرجع سابق، الإنصاف، ج٤، ص ٢٩٩.

بعض العقود التي يتأجل فيها كلا البدلين كعقود التوريد فجوزه محمد السلامي للحاجة(١٠٣)، ومفهوم كلام عبد الستار أبو غدة(١٠٤)، وعبد الله بن بيه(١٠٥)، وحمداتي ماء العينين(١٠٦)، وعبد الوهاب أبو سليمان(١٠٧)، والمصري(١٠٨). ناهيك أن أعلم الناس بالبيوع كما ذكره شيخ الإسلام بن تيمية وهو سعيد بن المسيب يقول بجواز تأجيل العوضين صراحة، وبناءً على هذا القول يري عبد الله بن بيه بأنه لا إجماع ثابت على جميع أفراد الكالئ بالكالئ(١٠٩)وكذا محمد صديق الضرير.(١١٠)

ويرى الباحثون أن السبب الحقيقي الذي يرجع إليه المنع هو اشتمال العملية على دفع النقود مقابل الزيادة في الأجل، حيث إن المضارب الأول عندما يأتي موعد التصفية يبحث عن ممون آخر يشتريها ويدفع الثمن نقداً، ثم يبيعها عليه آجلاً مقابل الحصول على الزيادة، وهكذا دواليك فهي عمليات لأكل أموال الناس بالباطل، ولو لم تكن هناك مضاربات على فروق الأسعار لأجزنا ذلك. أما البدائل الشرعية لبيوع الآجال فيمكن تصحيحها كتخريج البعض(١١١) بأنه إذا كانت السلعة موصوفة وغير موجودة أمكن التعاقد عليها بصيغة السلم، فيكون الثمن حالاً والمسلم فيه مؤجلاً، وإذا أراد تأجيل الثمن أو تقسيطه لعدم توفر المال فيمكن التعاقد على البيع الآجل وهو مشروع، ولو أرادا تأجيل الثمن والمثمن معنا فيمكن التعاقد على هذا بصيغة الاستصناع، وهذه

(١٠٣) مجلة مجمع الفقه الإسلامي، طبعة بنك أبو ظبي، ع١٢، ج٢، ٢٠٠٠م، ص ٥٤٧.
(١٠٤) مجلة مجمع الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ع١٢، ج٢، ص ٥٤٨.
(١٠٥) مجلة مجمع الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ع١٢، ج٢، ص ٥٥٥.
(١٠٦) مجلة مجمع الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ع١٢، ج٢، ص ٥٥٨.
(١٠٧) مجلة مجمع الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ع١٢، ج٢، ص ٤١٥.
(١٠٨) مجلة مجمع الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ع١٢، ج٢، ص ٤٨٢.
(١٠٩) ابن بيه، عبد الله، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، طبعة أبو ظبي، ٢٠٠٠م، ع ١٢، ج٢، ص ٥٥٤.
(١١٠) الضرير، محمد صديق، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، ع ١٣، ص ٥٦، ٥٧.
(١١١) القره، داغي، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، ع٧، ج١، ص ١٥٥، ١٥٦.

الأنواع تكفى لجميع أغراض البيع .

ب- العمليات الآجلة بشرط التعويض أي العمليات الشرطية البسيطة:

هي عبارة عن التزام بين البائع والمشتري بتصفية العمليات في تاريخ معين، وبأن يشرط أحدهما الخيار لنفسه في عدم تنفيذ العملية مقابل دفع مبلغ معين تعويضاً عن عدم تنفيذ الصفقة (١١٢). وهذه العملية ليست بعيدة عن سابقتها إلا باشتراط الخيار في عدم تنفيذ العملية مقابل تقديم مبلغ من المال كتعويض عن عدم تنفيذ العملية، وتظهر عملية المقامرة والمضاربة على فروق الأسعار بوضوح فيها باشتراط الخيار في التنفيذ، وقد ظن البعض أن هذا من بيع العربون فأجاز هذا البيع ، والخلاف واضح وجلي بينها وبين بيع العربون، حيث إن بيع العربون تكون السلعة فيه موجودة، ويعتبر العربون جزءاً من الثمن، وهو خلاف هذه العملية ويزاد عليه التعاقد على سلعة غير موجودة.

٣- البيع مع خيار الزيادة:

هي أن يطلب المشتري أو البائع الزيادة لنفسه عن الكمية المطلوب تسليمها عند حلول الأجل، وهي عبارة عن بيع مع وعد بالزيادة، وقد أدرج البعض(١١٣) هذا البيع في النهي الوارد عنه صلى الله عليه وسلم: (نهى النبي صلى الله عليه وسلم عن صفقتين في صفقة واحدة)(١١٤)، بينما رأى البعض(١١٥) صحته واعتبره عملية مركبة من بيع ووعد بالبيع ولا علاقة للأولى بالثانية، ويعتقد الباحثون أن هذا من التكلف الواضح فإن هذا العقد لا تتوفر فيه أركانه، فالثمن مؤجل والمبيع مؤجل، ويزاد عليه صفقة أخرى بالخيار

(١١٢) سمير رضوان، أسواق الأوراق المالية، مرجع سابق، ص ٣٤٨، ومحمد صبري، أحكام الأسواق، مرجع سابق، ص ٢٨٣.

(١١٣) القرة، داغي ، الأسواق المالية، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، مرجع سابق،ع٧، ج١، ص ١٥٩.

(١١٤) ابن حنبل، مسند أحمد، مرجع سابق، ص ٣٩٨، المباركفوري، تحفة الأحوذي، مرجع سابق، ج٤، ص ٣٥٧، والزيلعي، نصب الراية، دار الحديث، مصر، ١٣٥٧هـ، ج٤، ص ٢٠، الهيثمي، مجمع الزوائد، دار الريان للتراث العربي، مصر، بيروت، ١٤٠٧هـ، ج٤، ص ٨٤.

(١١٥) الشريف، سلسلة بحوث فقهية، مرجع سابق، ص ٩٨.

تبرم أثناء العقد وقد نهى النبي صلى الله عليه وسلم: (صفقتين في صفقة واحدة).

٤- العمليات الآجلة بشرط الانتقاء:

هي التي يترك فيها الخيار للمتعاقدين فلا يعرف البائع من المشتري إلا يوم التصفية، ويتم إبرام الصفة يوم موعد التصفية بأي من السعرين، وذلك لأن المتعاملين في هذه العمليات يعتقدون حدوث تغير كبير في الأسعار بينما يعتقد البائعون أن الأسعار لن يطرأ عليها تغير كبير[١١٦]، وسبب فساد هذه المعاملة هو عدم تحديد الثمن، أي جهالته، وهو محل اتفاق بين الفقهاء، جاء في المبسوط: (فيفسد العقد في الموجود لجهالة الثمن)[١١٧]، وأورد صاحب الكافي بأنه: (يشترك لصحة المبيع معرفة الثمن لأنه أحد العوضين)[١١٨]، وأكد الشيرازي على هذا حيث قال: (لا يجوز البيع إلا بثمن معلوم الصفة)[١١٩]، ولخص ابن الرشد البيوع المنهي عنها بأنها: (هي البيوع المنهي عنها من قبل الغبن الذي سببه الغرر والغرر يوجد في المبيعات من جهة الجهل على أوجه إما جهل بتعيين المعقود عليه، أو تعيين العقد أو من جهة الجهل بوصف الثمن والمثمون المبيع أو بقدره أو أجله)[١٢٠]، بينما ذهب أحدهم إلى صحتها ولم يعتبره بيعاً بل نوع من المساومة[١٢١]، وهو رأي مرجوح لما بينا من عدم جواز جهالة ثمن المبيع.

٥- المرابحة والوضعية:

المقصود بها طلب تأجيل موعد تسوية الصفقة إلى موعد آخر عندما يتراءى

(١١٦) القرة داغي، بحث الأسواق المالية، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ع٩، ج١، ص ١٥٩، ١٦٠، محمد صبري، أحكام الأسواق، مرجع سابق، ص ٢٨٣.

(١١٧) السرخسي، المبسوط، مرجع سابق، ج١٣، ص ٢.

(١١٨) ابن قدامة، الكافي في فقه ابن حنبل، ج٢، ص ١٧.

(١١٩) الشيرازي، المهذب، مرجع سابق، ج١، ص ٢٦٦.

(١٢٠) ابن رشد، بداية المجتهد، مرجع سابق، ج٢، ص ١١١.

(١٢١) الشريف، بحوث فقهية، مرجع سابق، ص٩٨.

لأصحابها عدم قدرتهم على تسويتها، يبحثون عن ممون آخر يقوم بشراء تلك الأسهم في موعـد التصفية ويبيعها له ثانية بيعاً مؤجلاً حتى موعد التصفية القادم، مقابل فائدة يدفعها المشتري للممول ثمناً عن التأجيل. [١٢٢] وبهذا يتبين أن العملية أساسها دفع قرض مقابـل الزيادة في الأجل، وهي عملية ربوية واضحة، قال السالوس: (إذن المرابحة في البورصة قرض ربوي للمشتري، والوضيعة قرض ربوي للبائع). [١٢٣]

٦ – العمليات المركبة:

عرفتهـا الموسوعة بأنها: (العمليات التي يكـون للبائع الحق فيها أن يتحول إلى مشترٍ وأن يفسخ العقد، أو أن يظل بائعاً حسب ما يتراءى له بعد اتضاح الأسعار، وهذا مقابل تعويض أكبر من سابقه أي أكبر من التعويض الذي يدفعه في العمليات الشرطية البسيطة) [١٢٤] وهي:

١ – شراء مقابل بيع بشرط التعويض (الخيار للمشتري).

٢ – شراء بات مقابل بيع بشرط التعويض.

٣ – شراء بشرط التعويض مقابل بيع بات.

٤ – شراء بشرط التعويض مقابل بيع بشرط التعويض.

فحكـم هذه العمليات عدم الجواز للنهي الوارد عن الصفقين في صفقة واحدة [١٢٥]، من هنا يمكن القول بأن البورصات العالمية بوضعها الحالي لا يصلح فيها إلا البيع العاجل، والذي لا بد أن تخل فيه أسهم العملية من المحرمات كالخمر والخنزير وغيرها، وقد خرج مجمع الفقه الإسلامي الدولي بقرار في موضع أسهم الشركات وهذا بعض نصه:

(أ) بما أن الأصل في المعاملات الحل فإن تأسيس شركة مساهمة ذات أغراض وأنشطة

---

(١٢٢) القرة داغي، بحث الأسواق المالية، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ع٩،ج١، ص ١٦٠، ١٦١.

(١٢٣) السالوس، المعاملات المالية المعاصرة في ميزان الفقه الإسلامي، مكتبة الفلاح الكويت، ط١، ١٤٠٦هـ، ١٩٦٨ م، ص ٢١٥.

(١٢٤) الموسوعة العلمية والعملية، مرجع سابق، ج٥، م١، ص ٤٢٥، ورضوان، أسواق الأوراق، مرجع سابق، ص ٣٤٨.

(١٢٥) سبق تخريجه، انظر ص ٢٥.

مشروعة أمر جائز .

(ب) لا خــلاف في حرمة الإسهام في شركات غرضهــا الأساسي محرم كالتعامل بالربا أو إنتاج المحرمات أو المتاجرة بها .

(ج) الأصــل حرمة الإسهام في شركات تتعامــل أحياناً بالمحرمات، كالربا ونحوه ، بالرغم من أن أنشطتها الأساسية مشروعة[١٢٦] .

٧- الخيــارات: (Options): تعتــبر الخيــارات أحد الوسائل المبتكــرة للمضاربة في الأسواق العالمية، حيث يستفيد المضارب من تقلبات الأسعار، وقد تستعمل أيضاً للتحوط، ولأغراضــ استثمارية[١٢٧]، وهــي عبارة عن وثيقة تخول صاحبها شــراء ما تضمنته الوثيقة وأجــل هذا الخيار، أو خيار بيع بما تضمنته الوثيقة وأجلها مقابل ثمن يدفعه وهو حق الخيار، وقد عرفها مجمع الفقه فقال: (إن المقصود بعقود الاختيار الاعتياض عن الالتزام ببيع شيء محــدد موصوف أو شرائه بسعر محدد خلال فترة زمنية معينة أو في وقت معين إما مباشرة أو من خلال هيئــة ضامنة لحقوق الطرفين)[١٢٨]، فهي عقود يهــدف المستثمرون من ورائها حمايــة أنفسهــم من تقلبات الأسعار، فــإذا رأى صاحب الخيار حين حلــول الأجل ارتفاع الأسعــار طالب بحقــه في حصوله على السلعة، وأما إذا حان الأجــل ورأى أن الأسعار قد نزلت فإنه يتنازل عن الصفقة بالخيار الذي اشتراه، وتكون خسارته ثمن الخيار الذي دفعه.

(أ) الحكم الشرعي لعقود الخيار:

رأى البعض أن عقود الخيار تشبه بيع العربون، ولوجود الشبه الشديد حاول البعض

(١٢٦) مجلة مجمع الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ع٧، ج١، ص ٨١١، ٨١٢.

(١٢٧) عبد الحميد البعلي، المشتقات المالية في الممارسة العلمية وفي الرؤية الشرعية، حولية البركة، ع٢ رمضان، ١٤٢١، ديسمبر ٢٠٠٠م، ص ٢٠٠.

(١٢٨) مجلة مجمع الفقه، مرجع سابق، ع٧، ج١، ص ٧١٥، وعبد الحميد البعلي، المشتقات المالية، حولية البركة، ع٢، مرجع سابق، ص ١٩٦.

تبين الفرق كالآتي:

١- الخيار في الأسواق المالية عقد منفصل عن عقد البيع ، ولذا أجازت السوق بيعه وحده ، بينما يعتبر العربون في الفقه الإسلامي مجرد حق للفسخ، وهو تابع للبيع وليس له ثمن ولا يجوز بيعه.

٢- الغالب أن الخيار في السوق العالمية هو يبيعه ممن لا يملك السلعة، ناهيك أن هذا الخيار قد يصل إلى سنوات، بينما في الفقه الإسلامي لا يتجاوز أياماً معدودة.

٣- إن عقود الخيارات في الأسواق المالية لا تنتهي غالباً بالتسليم الفعلي، بل بالمقاصة ومن يخسر يدفع الفارق .(١٢٩)

المبحث الثالث: البدائل الشرعية للمضاربة في البورصات العالمية

ما يزال البحث متواصلا من طرف هيئات ومجامع وباحثين إسلاميين في الاقتصاد لإيجاد وسائل مشروعة تكون بديلا لعمليات البورصة وللتمويل الربوي، وقد استطاعوا الوصول إلى ما يلي:

١- شهادات الاستثمار للبنك الإسلامي للتنمية: قيل بأنها (المستندات التي تمثل نصيباً في ملكية المحفظة، ويصدرها البنك الإسلامي للتنمية وتسجل بأسماء مالكيها)، وتخصص لتمويل التجارة بين الدول الإسلامية، ويكون البنك فيها مضارباً(١٣٠)، وبالنسبة للتطبيق العملي فقد قسمت إلى نوعين كما يلي:

النوع الأول: شهادات الاستثمار المخصصة: هي شهادات خاصة للاستثمار في

(١٢٩) السلامي، محمد المختار، الاختيارات، ع٧، ج١، ص ٢٣٣، والقره، داغي، الأسواق المالية، مرجع سابق، ع٧، ج١، ص ١٨١، والزحيلي، عقود الخيار، مجلة مجمع الفقه، ع٧، ج١، ص ٢٥٨ ، الضرير، الاختيارات ، مجلة مجمع الفقه، ع٧، ج١، ص ٢٦٤، عبد الستار أبو غدة، الاختيارات في الأسواق المالية، مجلة مجمع الفقه، ع٧، ج١ ، ص ٣٣٥.

(١٣٠) القرة، داغي، مجلة مجمع الفقه، مرجع سابق، بحث التطبيقات الشرعية، مرجع سابق، ع٨، ج٢، ص ٤١٩، ٤٢٠.

مشـروع معين أو صيغة استثمارية إسلاميـة معينة، أو نشاط معين، وعليه يمكن إصدار هذه الشهـادات حسب مختلف الأنشطة زراعية، أو تجاريـة، أو صناعية، أو عقارية، وفق ضيع استثمارية كشهادات إجارة، أو شهادات سلم، أو استصناع.

النوع الثاني: شهادات الاستثمـار العامة: هي شهادات يستعملها البنك في نشاطاته المتعـددة، وفي صيغه المتنوعة، وعادة تتضمن هذه الشهادات بعض البيانات للاكتتاب كالقيمـة الاسميـة للإصدار، ومدتها، وبعضـ التفاصيل عن حصـة البنك وأصحاب الأمـوال، وكيفية توزيع الأربـاح ونسبة الاحتياط المقتطع، وقابليـة تداولها في سوق الأوراق المالية.(١٣١)

٢- صكوك المقارضة: هـي أداة استثمارية تعتمد على تجزئة رأس المال إلى وحدات متساويـة ومسجلة بأصحاب مالكيها على أنهم يملكون جزءاً مشاعاً في مجموع رأس مال المضاربة، وقد اجتهد المنظرون فقسموا صكوك المضاربة إلى عدة أقسام كي تتلاءم مع رغبات المستثمرين إلى:(١٣٢)

١- صكوك مضاربة طويلة الأجل.

٢ - صكوك المضاربة لمشروع معين.

٣ - شهادات الاستثمار المستردة بالتدرج.

٤ - صكوك المضاربة المستردة في آخر المشروع.

٥ - صكوك المضاربة المنتهية بتمليك المشروع.

٣- أسهـم المشاركة دون التصويت أي صناديـق الاستثمار: اعتبرت هذه الشركة

---

(١٣١) محمـد دوابـة، دور الأسـواق المالية في تدعيـم الاستثمـار طويل الأجـل، دار السلام للطباعة والنشـر، مصر، ط١، ١٤٢٧هـ، ٢٠٠٦م، ص ١٥٠، ١٥١.

(١٣٢) مجلة مجمع الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ع٧، ج١، ص ١٤٣، ١٤١،١٤٢.

صـورة من صور شركة المساهمة التي هدفهـا الأساسي تجميع المدخرات في صناديق من أجل توجيهها إلى الاستثمار، وقد ظهرت أهمية هذه الصناديق في أوروبا وأمريكا حيث استطاعـت إقامة مشاريع تنمويـة، بينما تأخر وجودهـا في العالم الإسلامي، وتبنـت بعض المصارف الإسلامية والمؤسسات الماليـة الإسلامية هذه الفكرة كشركة التوفيـق للصناديق الاستثمارية عام ١٩٨٧، وشركة الأمين لـلأوراق المالية في نفس العـام في دولة البحرين، وكان الغرض منها تنويع صناديق الاستثمار حسب الربحية والمدة، كمـا يمكن استخدام وسائل تمويلية عديدة، مرابحات، وعقود تأجير، وعقود السلم.[١٣٣]

٤- شهادات المشاركة لأجل محدد: هي عبارة عن شهادات قابلة للتحويل ووظيفتها تعبئـة مـوارد تمويلية متوسطـة وطويلة الأجل، وتعتمـد على مبدأ الربـح والخسارة، وتتضمن اللائحة التنظيمية ضمانات لأموال شهادات بنظام الرهن على الأصول الثابتة للشركـة مع غطاء يمثل قيمة الأصول الجارية، وقد أصدرتها الحكومة الباكستانية، وهي شبيهة بسندات البنوك الربوية بسبب ضمان القيمة الاسمية.[١٣٤]

٥- شهـادات التأجـير أو الإيجار المتناقصـة: هذه الشهـادات لا تختلف كثيراً عن شهادات الاستثمـار المخصص إلا في كونها تمثل نوعا من أنـواع المساهمة المتناقصة، حيث تشمل أقساط الإيجار أرباح المؤجر زائد استهلاك رأس المال.[١٣٥]

(١٣٣) القره داغي، التطبيقات، مجلة مجمع الفقه، مرجع سابق، ع٨، ج٢، ص ٤٢٠.
(١٣٤) محمد دوابة، دور الأسواق المالية، مرجع سابق، ص ١٤٧.
(١٣٥) القرة داغي، الأسواق المالية، في ميزان الفقه الإسلامي، مجلة مجمع الفقه، مرجع سابق، ع٨، ج٢ ص ٤٢٢ .

المبحث الرابع: أثر الوساطة المالية الربوية والمضاربة في البورصة

لا يخفى على أحد حجم الكوارث الاقتصادية المدمرة التي سببتها الوساطة المالية الربوية والمضاربات في البورصات العالمية، ويكفي لبيانها بعض آثارها القول إن سبب الأزمة المالية العالمية التي يشهدها عالم اليوم هو انهيار أسواق العقار في أمريكا جراء مضاربات البورصات العالمية، والتي حولتها من أزمة محلية إلى أزمة مالية عالمية. كما أن الوساطة الربوية قد تسببت فقط منذ أواخر السبعينيات في أكثر من ١١٢ أزمة مصرفية حول العالم حسب تقرير البنك الدولي(١٣٦)، ناهيك عن تراكم الدين العالمي جراء الفوائد الربوية. والسبب الرئيسي في انهيار أسواق العقار في أمريكا هو انهيار أسواق المال عام ٢٠٠٠م نتيجة المضاربات التي حدثت في أسواق المال، حيث هبط مؤشر ناسداك من ٥٠٠٠ إلى أقل من ألفين، وخسرت أسواق المال الأمريكية ٥ تريليون دولار، وكالعادة تدخل الاتحاد الفديرالي لمواجهة هذه الأزمة بتخفيض سعر الفائدة من ٦,٥٪ إلى ١,٧٥٪ عام ٢٠٠١م، فتزايد الطلب على المساكن، وارتفع مؤشر شيلر لأسعار العقار من ٢٠٪ إلى ١٢٠٪. وتواصل تخفيض سعر الفائدة بين ٢٠٠٢-٢٠٠٣ ليصل إلى ١٪، لتصبح قروض الرهن العقاري منخفض الملاءة تقدر بـ ٤٤٥ مليار دولار عام ٢٠٠٣م، ويبدأ الاتحاد الفدرالي في رفع سعر الفائدة لكبح جماح القروض من ١٪ عام ٢٠٠٣م إلى ٤,٢٥٪ عام ٢٠٠٤- ٢٠٠٥م، ومع عام ٢٠٠٦ وصل سعر الفائدة إلى ٥,٢٥ ٪ ليصل حجم القروض منخفضة الملاءة إلى ١,٠٣ تريليون دولار، وتبدأ

(١٣٦) السويلم، سامي بن إبراهيم، الأزمات المالية في ضوء الاقتصاد الإسلامي، الرياض، جامعة محمد بن سعود، كلية الاقتصاد والعلوم الإدارية، ٢٠١٠م، ص ٧.

حالات الإفلاس في الرهن العقاري في التزايد.[137]

وقد أوجدت الأسواق المالية نظام المشتقات المالية من أجل التقليل من المخاطر، ولكن الذي حدث في أزمة الرهن العقاري هو أن تلك البنوك باعت ديون الرهن العقاري من أجل حماية نفسها من تعثر سداد ديون المقترضين، وهم هنا ملاك المنازل إلى طرف ثالث وهي شركات التأمين وصناديق التحوط، ولم تجد البنوك أية مشكلة في التعامل مع مقترضي الدرجة الثانية لكونها باعت الديون لمن يعوضها حال تعثر، فالذي اشترى تلك الديون اشترى ديونا مؤمنا عليها، وشركات التأمين لم تخف فالعقار في ارتفاع مستمر وهو ما يعني إمكانية بيع العقار من أجل تسديد الدين. ولكن الذي حدث وكما يقول بعض الاقتصاديين: (أن صناديق التحوط باعت أوراق المبادلات ليس فقط إلى البنك المقترض الفعلي، بل أيضا إلى عدد كبير من البنوك التي تريد المراهنة على تعثر المدين، وبالمقابل فإن حملة أوراق المبادلات[138] يعيدون بيع هذه الأوراق إلى آخرين، وتتكرر هذه العملية عدة مرات. في حين أن عقد التأمين الأصلي يعوض فقط المؤمن فعلا، فإنه في حالة أوراق مبادلات التعثر الائتماني هناك العديد من حملة هذه الأوراق الذين يجب تعويضهم. وهذا ما يزيد في حدة الخطر ويجعل من الصعب لصناديق التحوط والبنوك أن تفي بالتزاماتها. إن المبلغ الخيالي لجميع المشتقات غير المسددة "بما في ذلك أوراق مبادات التعثر الائتماني البالغة ٥٤,٦

(١٣٧) السويلم، سامي بن إبراهيم، الأزمات المالية، مرجع سابق، ص ٣٠، ٣١.

(١٣٨) معنى هذه الكلمة هو أن بائع ورقة المبادلات (الدائن) يدفع علاوة للبائع (صندوق التحوط) في مقابل التعويض الذي سيقبضه حال تعثر المدين، شابرا، عمر، الأزمة المالية العالمية أسباب وحلول من منظور إسلامي، جدة، جامعة الملك عبد العزيز، ط١، ٢٠٠٩م، ص ٣١.

تريليون" يقدر الآن من طرف بنك التسويات بمبلغ ٦٠٠ تريليون).[١٣٩]

وهؤلاء المضاربون ليسوا أفرادا عادين بل هم بنوك ومؤسسات مالية قامرت وضاربت بأموال المودعين وأعلنت عجزها، فعلى سبيل المثال لا الحصر، تجاوزت خسائر كبرى المصارف الاستثمارية بوبي إس، سيتي بنك، ميريل لينش ١٧ مليار دولار، ومصرفان في ألمانيا يواجهان خطر الإفلاس، بير ستير يفلس، الحكومة الأمريكية تؤمم مؤسسات الإقراض العقاري فيني مي، وفريدي ماك تؤمم بمبلغ ٥ تريليون دولار، إفلاس بنك ليمان بديون حوالي ٦٠٠ مليار دولار، إفلاس بنك واشنطن ميوتيوال بأصول تتجاوز ٣٠٠ مليار دولار[١٤٠]، ولذا فإن أغلب الباحثين الاقتصاديين الإسلاميين يرجعون سبب الأزمة المالية العالمية إلى الربا والقمار والغرر، بل هناك شبه إجماع على أن سبب الأزمة من المنظور الإسلامي يرجع إلى الربا والقمار والغرر[١٤١]، والتي هي من مبادئ وأساسيات البورصات العالمية أي أسواق المال.

ويكفي القول إن تقرير منتدى الاقتصاد العالمي الذي صدر في يناير ٢٠٠٨ قد أعرب أن أزمة الرهن العقاري في أمريكا تمثل تحديا كبيرا يؤثر سلبا في استقرار الاقتصاد العالمي، ويوصي بضرورة التدخل في أسواق المال من خلال إحداث شبكة مسؤولين لإدارة المخاطر للتقليل من حدة المخاطر[١٤٢]، وفي دراسة أخرى لصندوق النقد الدولي وجد أنه منذ الثمانينات بأن من بين ١٣٠ دولة من بين ١٨٠ دولة مرتبطة بأسواق المال

(١٣٩) شابرا، عمر، الأزمة المالية العالمية أسباب وحلول من منظور إسلامي، مجموعة من الباحثين، مركز أبحاث الاقتصاد الإسلامي، جامعة الملك عبد العزيز، جدة، ط١، ٢٠٠٩م، ص ٣١، ٣٢.

(١٤٠) السويلم، سامي، الأزمات المالية، مرجع سابق، ص ٣١، ٣٢.

(١٤١) بلوافي، أحمد، بحث عقار أم أزمة نظام، حوار الأربعاء، مركز أبحاث الاقتصاد الإسلامي، جامعة الملك عبد العزيز، ط١، ٢٠٠٩م، ص ١٠.

(١٤٢) بلوافي، أحمد، الأزمة المالية العالمية أسباب وحلول من منظور إسلامي، مجموعة من الباحثين، مرجع سابق، ص ١١٠،

تعاني من اضطرابات مالية، ونتائج هذه الاضطرابات كارثية، فالأزمة الأسيوية ، وأزمة مصرف اليابان في الثمانينيات ومطلع التسعينيات، ثم أزمة تركيا عامي ٢٠٠١، ٢٠٠٢، وخسارة ٣٠,٥٪ من الناتج المحلي الإجمالي، ثم أزمة الرهن العقاري جعلت بعض الاقتصاديين ككيندلبرجر، وهيمان مينسكي يتوصلون إلى أننا نحاول تحقيق استقرار لنظام هش بطبيعته، ومعرض للأزمات.[١٤٣]

ومن ضمن الآثار السلبية للأزمة المالية العالمية المعاصرة التي سببتها المضاربات على فروق الأسعار في الأسواق المالية على الرهن العقاري هي تراجع أو انخفاض معدلات النمو الاقتصادي حسب تقرير صندوق النقد الدولي، وازدياد عدد العاطلين عن العمل، كما أن تقرير مؤتمر الأمم المتحدة للتجارة والتنمية أكد تراجع تدفقات الاستثمار الأجنبي المباشر نحو ٢١٪ عام ٢٠٠٨، وبأن صافي التدفقات الاستثمارية للدول الصناعية المتقدمة انخفض بنسبة ٣٣٪ عام ٢٠٠٨م[١٤٤]. وعليه يمكن القول إن طغيان عمليات المجازفة والقمار التي تجري في الأسواق المالية أي البورصات، وكذا طغيان العمليات والمنتجات مثل المشتقات المالية التي لا تخضع للرقابة الأجهزة المختصة هي التي كانت وراء الأزمات المالية المعاصرة وهو رأى تيار كبير من الاقتصاديين والمحليين.[١٤٥]

(١٤٣) بلواڤي، أحمد، الأزمة المالية، مرجع سابق، ص ١١٢، ١١٣.
(١٤٤) نوزاد، الهيتي، مجلة علوم إنسانية، ع ٤٤، ٢٠١٠م، ص ٣، و٦.
(١٤٥) بلواڤي، أحمد، حوار الأربعاء، مركز أبحاث الاقتصاد الإسلامي، جامعة الملك عبد العزيز، ٢٠٠٩، ط١، ص ٩، ١٠.





بحثٌ مُحَكَّم

إعداد د. مازن مصباح صباح

أستاذُ الفقهِ وأُصُولِه المشارك بكليّة الشّريعة
بجامعة الأزهر - فرع غزّة - فلسطين

ملخص البحث

بيّن الباحث التالي:

- الرؤيا المعتبرة عند الفقهاء وكيفية تحققها كالتالي:

الحنفية: عندما يحصل العلم بالمقصود.

المالكية: إن كان المبيع مثليا فيُكتفى برؤية بعضه، وإن كان قِيمياً فلا بد من رؤيته كلّه؛ بشرط ألا يترتب ضرر على البائع.

الشافعية: تجب عندهم رؤية الجملة التي يستدل بها على باقي المبيع دون رؤية جميع الأجزاء.

الحنابلة: ما تُحقق المقصود من البيع، وتحصل برؤية العين أو الشم، أو الذوق، أو بوصف المبيع صفة تكفي في السلم.

الترجيح: رجّح البحث ما ذهب إليه الحنفية والحنابلة.

- اتفاق الفقهاء على أن المبيع إن كان حاضرا في المجلس ومُشاهداً للمتعاقدين صح البيع إن توافرت شروط العقد.

- اتفاق الفقهاء على أن المبيع الموصوف في الذمة جائز إذا توافرت فيه شروط السلم المعتبرة.

- اختلاف الفقهاء في صحّة البيوع غير المرئية وقت العقد كالتالي:

أولا: إن كان المبيع مما لا يتغير غالبا: رأى جمهور من الفقهاء صحة العقد، ورأى آخرون عدم صحته.

ثانيا: إن كان المبيع مما يتغير غالبا: إن كان مضى من المدة ما يعلم بقاؤها فيها

فالبيع جائز، وإن كان قضى من المدة ما يجوز أن يبقى فيها ويجوز أن يتلف، فالبيع باطل.

– اختلاف الفقهاء في صحة البيع إن كان عينا غير مشاهدة للعاقدين وقت التعاقد ولم يسبق رؤيتها من قبل إلى ثلاثة أقوال:

الأول: جواز البيع، وللمشتري الخيار إذا رأى، فإن شاء أخذ وإن شاء رد، وإليه ذهب الحنفية والشافعي في مذهبه القديم ومرجوح الحنابلة.

الثاني: جواز البيع بشرط الوصف، وإليه المالكية والراجح عند الحنابلة.

الثالث: عدم صحة بيع الغائب مطلقاً وإليه ذهب الامام الشافعي في مذهبه الجديد والحنابلة في مرجوح مذهبهم.

الترجيح: رجّح البحث القول الأول.

– اختلاف الفقهاء في البيع بالنموذج، فجمهور الفقهاء من الحنفية والمالكية والشافعية يرون صحته، والحنابلة يرون عدم صحته، رجّ؛ البحث صحة البيع بالنموذج.

المقدمة

الحمـد لله الذي شرع الشرائع ووضع الأحكام وبين لعباده الحلال والحرام، ليعيش المجتمـع في سلام إذا ساروا على ضوء تلك الشرائـع والأحكام، وهذا من فضل الله علـى عباده الذي منّ عليهم بهـذه الشريعة الخالدة التي لم يلحقهـا نسخ، ولم يشبها نقص، فكانـت خاتمة الشرائع السماويـة لتكون دستور حيـاة، وسبب صلاح، ونهج استقامة، وطريق سعادة في الدارين.

وما كان الله ليختار هذه الشريعة للناس كافة ويجعلها خاتمة الرسالات إلا لأنها تحمل في تعاليمها ونظمها ما يجعلها جديرة بهذه الغاية السامية، فقد واجهت كل مرافق الحياة وبسطت سلطاتها على كل شيء.

وممـا هو جدير بالذكـر بيان سمو هذه الشريعة وتنظيمهـا للعلاقات المختلفة، لأجل تحصيل المصالح وتكميلها وتقليـل المفاسد وتعطيلها، فجاء النهي عن كثير من البيوع، ومنها بيع الغرر الذي اندرج تحت مفهومه الكثير من الفروع.

وبالتأمـل والتعمق في معيار الغرر، فإننا نجـد أن الفقهاء لم يتفقوا على تحديد معيار لـه، الأمر الذي أدى إلى اختـلاف الفقهاء في أحكامه، فمنهم مـن يحل البيع فيحكم بصحته، ومنهم من يحكم بحرمته فيحكم بفساده وبطلانه، فمن حكم بالصحة لم يعتبر

ذلك من قبيل الغرر أو منه ولكنه يسير، ومن حكم بفساده أو بطلانه اعتبر ذلك من قبيل الغرر المنهي عنه، ومهما كان الخلاف بين الفريقين إلا أنهم يتفقون على غاية ومفهوم واحد وهو جلب المصلحة أو دفع المفسدة.

وعلماؤنا –رحمة الله عليهم– قد تعرضوا في كتبهم لبعض أنواع من البيوع تتلائم وواقعهم المعاش، ومنها البيوع غير المرئية أو ما يطلق عليها بيع المغيبات، وهي البيوع التي تكون السلعة فيها حاضرة ولكن لم تتحقق رؤيتها، ومثلوا لها ببيع الجزر واللفت والبصل والثوم المغيب في التربة، والثياب والبسط المطوية والزرابي والجوز واللوز في القشر والقشرين إلى غير ذلك مما هو حاصل في عصرهم.

ولكن مع تطور العصر واختلاف الزمان والمكان الذي تعددت فيه الحاجات، وكثرت فيه العباد ونشطت الأمور الاقتصادية، وتوسعت الأسواق وزادت المنتجات فشملت هذه البيوع عدة جوانب منها، ما هو خاص بالأطعمة والأشربة التي تنوعت منتجاتها بالتطور الصناعي، فمنها ما هو محفوظ في علب، ومنها ما هو في أكياس على اختلاف أنواعها، ومنها ما هو في علب من الكرتون إلى غير ذلك مما لا يظهر السلعة فلا يراها المشتري ولكن يرى نموذجاً منها فقط، ومنها ما هو خاص بأثاث المنزل كالتلفاز والمذياع والمكيفات والأدوات الكهربائية المنزلية، بجميع أشكالها وأنواعها، كالملابس وحافظاتها وأدوات النظافة، والأسرة والمفروشات، يستوي أن تكون للنوم أو الاستراحة، فهي محشوة لا يعلم ما بداخلها لأنها مغيبة بالبطانة إلى غير ذلك من السلع التي انتشرت في أنحاء هذا العالم المتمدن.

فأغلب ما ذكرنا من نماذج تكون معروضة في صالات العرض فقط، والمباع مغيب وموجود في المستودعات ولا يرى المشتري إلا نموذجاً منها فقط دون رؤيتها.

ومنها ما هو خاص بالدور والأراضي فقد يشتري الإنسان داراً مكتفياً بالنظر إلى مظهرها الخارجي واعتبار موقعها دون النظر إلى تفصيلاتها الداخلية، كما أن البعض قد يشتري بعض الأراضي المتميزة من على الخارطة المعدة لذلك كما هو منتشر الآن دون النظر إلى طبيعة الأرض وحدودها، ومكانها، وجيرانها.

فكل ما ذكرنا ليس محل اتفاق بين الفقهاء لذا سوف نبين في هذا البحث –إن شاء الله– الحكم الشرعي لمثل هذه البيوع.

المبحث الأول
"في الرؤيا المعتبرة عند الفقهاء وكيفية تحققها"

تباينت آراء الفقهاء في كيفية تحقق الرؤيا المصححة للعقد وذلك تبعاً لاختلافهم في تجويز بيع العين الغائبة من عدمه.

أولاً: الرؤيا المعتبرة عند الحنفية:

تتحقق الرؤيا عند الحنفية عندما يحصل العلم بالمقصود، فقد جاء في شرح فتح القدير عند تفسير المراد بالرؤيا من حديث "من اشترى شيئاً لم يره فله الخيار إذا رآه إن شاء أخذه وإن شاء تركه"[1].

هو العلم بالمقصود، فهو من عموم المجاز، عبر بالرؤيا عن العلم المقصود، فصارت حقيقة الرؤيا من أفراد المعنى المجازي، وهذا لوجود مسائل اتفاقية لا تكفي الرؤيا فيها، كما لو اشترى شيئاً فوجده متغيراً، لأن تلك الرؤيا غير معرفة للمقصود الآن، وكذا

(١) الحديث رواه البيهقي في سننه ٥/٢٦٨ كتاب البيوع باب من قال يجوز بيع العين الغائبة طبعة دار الفكر، كما رواه الدار قطني في سنة ٤/٣ كتاب البيوع طبعة دار المحاسن للطباعة.

شراء الأعمى يثبت له الخيار عند الوصف، فأقيم فيه الوصف مقام الرؤيا[٢].

ولكن العلم بالمقصود يختلف باختلاف رؤية المبيع، فإن رأى بعض المبيع دون البعض الآخر، فإن المبيع لا يخلو حاله من أمرين:

الأمر الأول: أن يكون شيئاً واحداً.

الأمر الثاني: أن يكون أشياء متعددة.

فإن كان شيئاً واحداً، فرأى بعضه فلا يخلو أن يكون ما رآه منه مقصوداً بنفسه، وما لم يره تبعاً له، وإما أن يكون كل واحد منهما مقصوداً بنفسه.

فإن كان ما لم يره تبعاً لما رآه، فلا خيار له سواء رؤية ما رآه تفيد له العلم بحال ما لم يره أو لا تفيد، لأن حكم التبع حكم الأصل، فكأن رؤية الأصل رؤية التبع.

وإن كان مقصوداً بنفسه ينظر في ذلك:

فإن كان رؤية ما رأى تفيد له العلم بحال ما لم يره فلا خيار، لأن المقصود العلم بحال الباقي فكأنه رأى الكل.

وإن كان لا يفيد العلم بحال الباقي فله الخيار، لأن المقصود لم يحصل برؤية ما رأى، فكأنه لم ير شيئاً منه أصلاً[٣].

فعلى هذا الأصل تم تخريج المسائل التالية:

- لو اشترى فرساً أو حماراً أو نحو ذلك فرأى وجهه لا غير روى ابن سماعة [٤] عن

(٢) الكاساني، بدائع الصنائع ٥/٤٣٤-٤٣٥ ط. دار الفكر – السرخسي، المبسوط ٦٢/٧ طبعة دار الفكر.

(٣) البابرتي، العناية على هامش فتح القدير ٦/٣٤٢-٣٤٣ طبعة دار الفكر، الكساني، البدائع ٥/٤٣٤-٤٣٥ – السرخسي المبسوط ٦٢/٧.

(٤) ابن سماعه هو: أبو عبد الله محمد بن سماعة بن عبد الله بن هلال بن وكيع بن بشير التميمي، أحد الثقات الأثبات، حدث عن الليث بن سعد، وأبي يوسف، ومحمد، وأخذ الفقه عنهما، وكتب النوادر عن أبي يوسف ومحمد، وكان ورعاً كثير الصلاة ولد سنة ثلاثين ومائة وتوفي سنة ثلاثة وثلاثين ومائتين هجري،
القرشي، الجواهر المضيئة ١٩٦/٣ وما بعدها طبعة الحلبي، اللكنوي الفوائد البهية ١٧٠ وما بعدها.

محمــد أنه يسقط خياره، وعن أبي يوسف[٥] أن له الخيار ما لم ير وجهه ومؤخرته وهو الصحيح، لأن الوجه والكفل كل واحد منهما عضو مقصود في الرؤيا في هذا الجنس، فما لم يرهما فهو على خياره.

وفي شــراء شــاة اللحم، فلا بد من الجس حتى رآها من بعيـد فهو على خياره، لأن اللحــم مقصود، وكذلك الحكم في شاة وناقة الحلب المشــتراة للقنية، فلا بد من النظر إلى ضرعها، لأن الضرع مقصود من الحلوب[٦].

وفي شراء ثوب مطوي مطوياً لم يقسه ولم ينشره فاشتراه على ذلك فلا خيار له، لأن الثوب الواحد يستدل برؤية طرف منه على ما بقي، فلا تتفاوت أطراف الثوب الواحد إلا يســيراً وذلك غير معتبر، لأن رؤية كل جزء متعذر، وهذا إذا لم يكن في طي الثوب ما هو مقصود. فإن كان في طي الثوب ما هو مقصود كالعلم لم يسقط خياره[٧].

وفي شراء الدار والبستان فلا بد من رؤية داخل الدار وخارجها على الصحيح، لأن رؤية خارج الدار لا تفيد العلم ويبقى المشتري على خياره إن لم ير داخل الدار، وذلك لتفاوت الأبنية وباطن البستان وهو رأي زفر[٨] رحمه الله.

وفي ظاهــر الرواية أنــه يكتفي برؤية خارج الدار ورؤوســ الأشجار، ويسقط بهذه

---

(٥) أبو يوسف هو: يعقوب بن ابراهيم بن حبيب الأنصاري، لزم أبا حنيفة، وولي قضاء بغداد حتى مات سنة ١٨٣هـ، وقيل ١٨٢هـ، وكان صاحب حديث، حافظاً وكان المقدم من أصحاب أبي حنيفة، وهو اول من وضع الكتب على مذهب أبي حنيفة، وله الأمالي والنوادر وكتاب الخراج واختلاف أبي حنيفة وابن أبي ليلى، والرد على سير الأوزاعي.

(٦) القشري، الجواهر المضيئة ٦٠٠/٣.

اللكنوي، الفوائد البهية ٢٢٥ طبعة بيروت.

البابرتي، العناية بها مش فتح التقدير ٣٤٢/٦.

(٧) السرخسي، المبسوط ٦٢/٧، البابرتي، العناية بهامش فتح القدير ٣٤٢/٦، الكساني، البدائع ٤٥٣/٥.

(٨) الإمام زفر هو: هو زفر بن هذيل بن قيس البصري، كان أبو حنيفة يجله ويعظمه، ويقول: هو أقيس أصحابي، وقال عنه إنه من أئمة المسلمين، وقال الحسن بن زياد، عنه أنه المقدم في مجلس الإمام، وقال الحافظ الذهبي، إنه صدوق وثقة ابن معين، أكره على أن يلي القضاء فأبي، ولد سنة ١١٠هـ وتوفي سنة ١٥٨.

اللكنوي، الفوائد البهية في تراجم الحنفية ص٧٦، الوراق، الفهرس لأبن نديم ٢٥٦ طبعة الحلبي.

الرؤية خيار المشتري، لأن الدار شيء واحد فكان رؤية البعض كرؤية الكل.

هذا الرأي قد يتناسب وزمان هؤلاء الأئمة حيث كانت أبنية أهل الكوفة لا تختلف في البناء، وكانت على تقطيع واحد وهيئة واحدة كما قال أبو حنيفة(٩).

أما إذا كان المبيع أشياء متعددة فرأى وقت الشراء بعضها دون البعض الآخر، فلا يخلو إما أن يكون من المكيلات أو الموزونات فرأى بعضها وقت الشراء، فإن كان في وعاء واحد، فلا خيار له، لأن رؤية البعض تفيد العلم بالباقي فكان رؤية البعض كرؤية الكل، إلا إذا وجد الباقي بخلاف ما رأى فيثبت له الخيار لكن خيار العيب لا خيار الرؤية، وإن كان المبيع في وعائين، فإن كان الكل من جنس واحد وعلى صفة واحدة اختلف الفقهاء فيه على قولين:

القول الأول: إن للمشتري الخيار، لأن اختلاف الوعائين جعلهما كجنسين.

القول الثاني: إن المشتري لا خيار له وهو الصحيح، لأن رؤية البعض من هذا الجنس تفيد العلم بالباقي سواء كان في وعاء أو وعائين بعد أن كان الكل من جنس واحد وعلة صفة واحدة، فإن كان من جنسين أو من جنس واحد على صفتين، فله الخيار بلا خلاف.

وإن كان من العدديات المتفاوتة، كالدواب والثياب فرأى بعضها أو كلها إلا واحدة، فله الخيار بين أن يرد الكل أو يمسك الكل، لأن رؤية البعض من هذا الجنس تفيد العلم بما وراءه فكأنه لم ير شيئاً منه، بخلاف المكيل والموزون لأن رؤية البعض منه تفيد العلم بالباقي(١٠).

(٩) الحصفكي، الدار المختار – ٥٦٨/٤ طبعة الحلبي، ابن همام، شرح فتح القدير ٣٤٤/٦.
السرخسي، المبسوط ٦٦/١٣.
(١٠) الكاساني، البدائع ٤٣٥/٥-٤٣٦- ابن الهمام، شرح فتح القدير ٣٤٣/٦.
الزيلعي، تبين الحقائق ٢٦/٤ طبعة دار المعرفة – السرخسي، المبسوط ٦٦/٧.
الموصلي، الاختيار لتعليل المختار ٧/٢ طبعة دار الكتب العلمية.

أما إذا كان المبيع مغيباً في الأرض كالجزر والبصل والثوم والفجل وغيره ففيه تفصيل في المذهب رواه الإمام بشر[١١].

فإن كان الشيء مما يكال أو يوزن بعد القلع كالثوم والبصل والزعفران فإن باعه بعد ما ينبت نباتاً يفهم به وجوده تحت الأرض، جاز البيع .

وإن قلع المشتري بغير إذن البائع ، أو قلع البائع برضا المشتري، سقط خياره في الباقي، لأن رؤية بعض المكيل كرؤية الكل.

وإن قلع المشتري شيئاً بإذن البائع ، وكان المقلوع له ثمن، لم يكن له أن يرده رضي بالمقلوع أو لم يرض، لأنه بالقلع صار المقلوع معيباً لعدم الاستمرار في نموه وزيادته، وإن كان المبيع شيئاً مما يباع عدداً كالفجل والجوز ونحوها، فإن قلعه البائع أو المشتري بإذنه كان له الخيار في الباقي حتى لو رضي به ولا يلزم البيع في الكل، لأنه عددي متفاوت، فرؤية بعضه لا يكون كرؤية كله، وإن قلعه المشتري بغير إذن البائع بطل خياره ، وقال أبو يوسف ومحمد[١٢] إن رؤية بعضه كرؤية كله وجعلاه كالمكيل والموزون والعددي المتقارب لأن بعضها يستدل في العادة على الكل[١٣].

---

(١١) بشر: هو بشير بن الوليد الكندي نسبة إلى كندة، وهو من أصحاب أبي يوسف، وقد روي عنه كتبه وأماليه، وسمع من مالك بن أنس، وولي قضاء بغداد في عهد المعتصم، وقال فيه عبد الرحمن السلمي، سألت الدار قطني عن بشر بن الوليد فقال ثقة مات سنة ٢٢٨هـ.

ابن العماد، شذرات الذهب ٨٩/٢ ط المكتب التجاري للطباعة والنشر.

(١٢) محمد: هو الإمام محمد بن الحسين بن وافد – أبو عبد الله الشيباني – صحب أبا حنيفة، وأخذ الفقه عنه وسمع الحديث عن مالك وروي عن الموطأ، وسمع من الأوزاعي والثوري، وروي عن الشافعي، وهو الذي نشر علم أبي حنيفة بتصانيفه، وله الرقيات و الهارونيات، والكيسنيات، والجرجانيات، وكتاب الآثار وغيرها.

ابن العماد، شذرات الذهب ٣٢١/١، وما بعدها، البغدادي ، تاريخ بغداد ١٧٢/٢ طبعة بيروت.

(١٣) ابن الهمام، شرح فتح القدير ٣٤٥/٦-الكاساني، بدائع الصنائع ٤٣٦/٥- الموصلي، الاختيار لتعليل المختار ١٧/٣ طبعة دار الشعب.

المالكية:

فرق فقهاء المالكية بين المثلي والقيمي لإظهار حدود الرؤيا المعتبرة والمصححة للعقد فقالـوا: إن كان المبيـع مثلياً فيكتفـي برؤية بعض المثلي من مكيـل كالشعير والقمح أو موزون كالقطن والكتان.

أما إن كان قيمياً فلا يكتفي برؤية بعضه، بل لا بد من رؤية كل المبيع شريطة ألا يترتب على رؤيته كله ضرر يصيب البائع(١٤).

أما لو اشترى المبيع على صفة ما قد رآه منه قال الامام مالك:

إذا وصفهـا وجلاها بنعتها وماهيتها فأتى بـه أو خرج إليها فوجدها على الصفة التي وصفـت له، لزمه البيع ، فإن لم يكن رآها فليس لـه أن يأبى ذلك عليه بعد أن يراها إذا كانت الصفة التي وصفت وله أن يقول لا أرضاها.

وإن كانت السلعة قد رآها المشتري قبل أن يشتريها فاشتراها على ما كان يعرف عنها وهي غائبة عنه، وجب البيع بينهما، فإن وجدها على حال ما كان يعرف فالبيع له لازم. وقال كبـار أصحاب مالك: لا ينعقد بيع إلا على أحد أمرين، إما على صفة يوصف له أو علـى رؤية قد عرفهـا أو شرط في عقد البيع فإنه بالخيار إذا رأى السلعة بأعيانها على غير ما وصفت، فالبيع منتقض غير جائز.

وإذا رأى المشتري السلعة منذ زمن بعيد وأراد أن يشتريها على تلك الرؤية السابقة، قـال مالك: السلع تختلف وتتغـير في أبدانها، فالحيوانات تتغـير بالعجف والنقصان والنماء، والثياب تتغير بطـول الزمان، فإن باعها على أنها بحال ما رآها فلا بأس بذلك ولا يصلح النقد فيها، لأنه ليس بمأمون، هذا في النماء، ولا يمكن هذا في الحيوان، لأن

(١٤) قال الدسوقي: قال مشايخنا "ألا يكون في نشره إتلاف كالشاش وإلا اكتفى برؤية البعض" – الدسوقي "حاشية الدسوقي ٣/٢٤ طبعة الحلبي.

الحيوان بعد طول المكث لا يمكن أن تكون حالته واحدة[١٥].

الشافعية:

إن الرؤيا المعتبرة عند الشافعية على ضربين:

الضرب الأول: رؤية لا تلحق فيها المشقة: وهي رؤية الجملة دون جميع الأجزاء.

الضرب الثاني: رؤية تلحق فيها المشقة وهي رؤية جميع الأجزاء كالعيوب الخفية والمأكولات في قشورها.

فالرؤيا التي تجب وتكون شرطاً في صحة العقد هي رؤية الجملة لعدم المشقة فيها دون رؤية جميع الأجزاء لوجود المشقة فيها، وقالوا لو رأى بعض المبيع دون البعض وهو ما يستدل بعضه على الباقي، صح البيع بلا خلاف، وذلك كصبرة الحنطة تكفي رؤية ظاهرها، ولا خيار له إذا رأى بعد ذلك باطنها إلا إذا خالف ظاهرها.

وفي قول شاذ أنه لا يكفي رؤية ظاهر الصبرة، بل يشترط أن يقلبها ليعرف باطنها، والمشهور هو الأول وبه قطع الأصحاب وينطبق هذا على ما في معنى الحنطة كصبرة الجوز واللوز والدقيق ونحوها.

فلو رأى شيئاً منها في وعائه، فرأى أعلاه أو رأى أعلى السمن والزيت والخل وسائر المائعات في ظروفها، كفى ذلك وصح البيع، ولا يكون بيع غائب.

ولو كانت الحنطة في بيت معلوم منها، فرأى بعضها من الكوّة أو الباب يكفي ذلك إن عرف سعة البيت وعمقه، وهذا ليس على إطلاقه، فلا يكتفي برؤية صبرة البطيخ والسفرجل والرمان، بل لا بد من رؤية كل واحد منها، ولا يكفي في سلة العنب والخوخ

---

(١٥) الأصبحي،/ المدونة الكبرى ٢٠٨/٤ ط دار صادر.

والجوافة والبلح والتين برؤية أعلاه وذلك لكثرة الاختلاف فيها بخلاف الحبوب(١٦).

أما إذا لم يستدل برؤية بعضه على الباقي، فقد اختلف فيه أصحاب الشافعي على وجهين:

أحدهما: وهو قول أبي إسحاق المروزي(١٧) إن الشافعي إنما أبطل بيع الثوب يرى بعضه على القول الذي لا يجيز فيه بيع خيار الرؤية.

فأما على القول الذي يجيز فهذا البيع أجوز، وكيف يجيز بيع ما لم ير شيئاً منه ولا يجيز بيع ذلك الشيء وقد رأى بعضه.

الثاني: أن بيع الثوب يرى بعضه لا يجوز على القولين معاً والفرق بينه وبين العين الغائبة من وجهين:

الوجه الأول: أن الثوب إذا رأى بعضه اجتمع فيه حكمان مختلفان، لأن ما رأى منه لا خيار له فيه، فصار حكمين متضادين جمعهما عقد واحد فبطل، وليس كذلك إذا كان غائباً كله.

الوجه الثاني: أن بيع العين الغائبة إنما أجيز على خيار الرؤية للضرورة الداعية إليه عند تعذر الرؤيا لينفع النفع العاجل للبائع بتعجيل الثمن، وللمشتري بالاسترخاص وليس كذلك في العين الحاضرة، لأن الضرورة ليست داعية إليه، ولا الرؤية متعذرة منه(١٨).

(١٦) الماوردي، الحاوي الكبير ٢١/٦ ط دار الفكر بيروت.
النوري، المجموع ٢٨٢/٩ ط دار الفكر، النووي، روضة الطالبين ٨٣/٣ دار الكتب العلمية.

(١٧) أبي اسحاق المروزي هو: إبراهيم ابن احمد بن اسحاق المروزي، احد أئمة المذهب الشافعي، وكان إمام عصره في الفتوى والتدريس، متفق على عدله وثقته في روايته، أخذ الفقه عن أبي العباس بن سريج، وانتهت إليه رئاسة العلم ببغداد، ثم ارتحل إلى مصر وتوفي بها سنة ٣٤٠هـ، وأهم مصنفاته شرح مختصر المزني، وكتاب التوسط بين الشافعي والمزني. الأسنوي، طبقات الشافعية، طبعة بيروت ١٩٨٧ص ١٠٦-١٠٧.

(١٨) الماوردي، الحاوي الكبير ٢٣/٦.

وبناء على الرأيين السابقين في تجويز وعدم تجويز بيع الغائب وشراؤه، خرج فقهاء الشافعية العديد من المسائل.

أولاً: المسائل المخرجة على الرأي القائل بعدم جواز بيع الغائب وشراؤه:

- لو اشترى غائباً رآه قبل العقد نظر: إن كان مما لا يتغير غالباً كالأرض والأواني والحديد والنحاس ونحوها، أو كان لا يتغير في المدة المتخللة بين الرؤيا والشراء صح العقد لحصول العلم بالمقصود(١٩).

- إذا رأى أنموذجاً من البيع منفصلاً عنه، وبني أمر المبيع عليه نظر: إن قال بعتك من هذا النوع كذا وكذا فالمبيع باطل، لأنه لم يعين مالاً ولم يراع شروط البيع، ولا يقوم ذلك مقام الوصف في السلم على الصحيح، لأن الوصف باللفظ يرجع إليه عند النزاع(٢٠).

- إذا اشترى الثوب المطوي وصححناه فنشره، واختار الفسخ ولم يحسن طيه وكان لطيه مؤنة، لزم المشتري مؤنة الطي، ولذا لو اشترى شيئاً ونقله إلى بيته فوجد به عيباً، فإن مؤنة الرد على المشتري(٢١).

- إذا اشترى داراً فلا بد من رؤية البيوت والشغوف والسطوح والجدران داخلاً وخارجاً، وفي البستان رؤية الأشجار ومسايل الماء ولا حاجة إلى رؤية أساس البستان وعروق الأشجار ونحوها، لأن الرؤية في كل حسب ما يليق به(٢٢).

(١٩) النووي، روضة الطالبين ٣/٨٣.
(٢٠) النووي، روضة الطالبين ٣/٣٨ – النووي، المجموع ٩/٢٨٣.
(٢١) النووي، روضة الطالبين ٣/٤٠ – النووي، المجموع ٩/٩/٢٨٣.
(٢٢) النووي، المرجعين السابقين ونفس الصفحة.

ثانياً: المسائل المخرجة على الرأي القائل بجواز بيع الغائب:

- إن بيع اللبن في الضرع باطل، فلو قال بعتك اللبن الذي في ضرع هذه البقرة، لم يجز على المذهب لعدم تيقن وجود ذلك القدر، وقيل فيه قولا بيع الغائب.

- إن بيع الصوف على ظهر الغنم لا يجوز، وفي وجه يجوز بشرط الجز وهو قول شاذ ضعيف.

- إن بيع الشاة المذبوحة قبل السلخ باطل، سواء بيع الجلد واللحم معاً أو أحدهما، ولا يجوز بيع الأكارع والرؤوس قبل الإبانة، وفي الأكارع وجه شاذ بجوازها، ويجوز بيعها بعد الابانة نيئة ومشوية وكذا المسموط نياً ومشوياً(٢٣).

- إن بيع المسك في الفأرة باطل، سواء بيع معها أو دونها كاللحم في الجلد، سواء فتح رأس الفأرة أم لا وقال في التتمة إذا كانت مفتوحة نظر:

- إن لم يتفاوت ثخنها وشاهد المسك فيها صح البيع، وإلا فلا، وقال ابن سريج(٢٤) يجوز بيعه مع الفأرة مطلقاً كالجوز.

- ولو رأى المسك خارج الفأرة ثم اشتراه بعد الرد إليها، فإن كان رأس الفأرة مفتوحاً فرآه، جاز وإلا فعلى قولي بيع الغائب(٢٥).

- إذا لم يشترط الرؤية، فلا بد من ذكر الجنس ونوعه بأن يقول بعتك فرسي العربي، ولا يكفي بعتك ما في كمي أو كفي أو خزانتي إذا لم يعرفه المشتري، وفي وجه يكفي

(٢٣) القفال، حلية العلماء ١١٣/٤ طبعة الرسالة الحديثة، النووي، روضة الطالبين ٤١/٣، النووي، المجموع ٢٨٣/٩.

(٢٤) ابن سريج: هو أحمد بن عمر بن سريج القاضي أبو العباس البغدادي، من عظماء الشافعية، وكان يقال له الباز الأشهب، وعنه انتشر فقه الشافعي، وقام بنصرة مذهب الشافعي، ورد على المخالفين، ولد ببغداد سنة ٢٤٩هـ وتولي قضاء شيراز ثم بغداد ومات سنة ٣٠٦هـ.

الأسنوي، طبقات الشافعية ح١ ص ٣٠-٩١ الحسني.

(٢٥) القفال، حلية العلماء ١٠٢/٤، النووي، روضة الطالبين ٤٢/٣.

ذكر الجنس، ولا حاجة إلى النوع .

- لو تلف المبيع في يد المشتري قبل الرؤية، ففي انفساخ البيع وجهات نظر في خيار الشــرط، ولو باعه قبل الرؤية لم يصح، بخلاف مــا لو باعه في زمن خيار الشرط، فإنه يصح على الأصح، لأنه يصير مجيزاً للعقد، وهنا لا إجازة قبل الرؤيا(٢٦) .

- لــو رأى ثوبين، فسرق أحدهما فاشترى الباقي، ولا يعلم أيهما المسروق، جاء في الوسيط:

"إن تساوت صفتهما، وقدرهما، وقيمتهما صح قطعاً، وإن اختلفا في شيء من ذلك، خرج على بيع الغائب". (٢٧)

الحنابلة:

إن الرؤيــا المعتــبرة عند الحنابلة: هــي الرؤيا التي تحقق المقصود مــن البيع ، كداخل الثــوب ونحــوه ، فلو باع ثوباً مطويــاً أو عيناً حاضرة لا يشاهد فيهــا ما يختلف الثمن لأجله، فإنه كبيــع الغائب، وللمشتري الخيار عند رؤية المبيــع في الفسخ أو الامضاء، ويكون على الفور، فإن اختار الفسخ انفسخ العقد وان لم يختر لزم العقد، لأن الخيار خيار الرؤية، وقيل ينعقد بالمجلس الذي وجدت الرؤيا فيه(٢٨) .

كما أن الحنابلة قد فرقوا بين الرؤيا المقارنة للبيع وغير المقارنة.

- فــإن كانت مقارنة لبعضه ودلت على بقيته صــح البيع ، فرؤية أحد وجهي الثوب تكفــي فيه إذا كان غير منقوشــ، وكذا ظاهر الصبرة المتساويــة الأجزاء من حب وتمر ونحوهما، وما في الظروف من مائع متساوي الأجزاء، ويكتفي بالرؤية فيما لا تتساوى

(٢٦) النووي، المجموع ٩/ ٢٨٠-٢٨١.

(٢٧) النووي، المجموع ٩/ ٢٨٠، النووي، روضة الطالبين ٣/ ٤٣

(٢٨) ابن قدامة، الكافي في فقه الامام احمد ٢/ ١٠ طبعة دار الفكر.

أجـزاؤه كالأرض والثوب والقطيع مـن الأغنام، فلو قال بعتك الـدار من هاهنا إلى هاهنا جاز، لأنه معلوم وإن قال عشرة أذرع ابتداؤهما من هاهنا لم يصح، لأنه لا يدري إلى أين تنتهي، ولو قال بعتك نصف داري ما يلي دارك لم يصح.(٢٩)

واستثنـوا من ذلك ما مأكوله في جوفه كالرمـان والبيض والجوز واللوز في قشرته، لأن قشره الأعلى من مصلحته لأنه يحفظ رطوبته.

- وإذا لم ير المبيع ، فتارة يوصف له، وتارة لا يوصف له، فإن لم يوصف له لم يصح البيع على الصحيح من المذهب.

وإن وصـف لـه فتارة يذكر من صفته ما يكفي في السلـم، وتارة يذكر له ما لا يكفي في السلم، فإن ذكر له من صفته ما لا يكفي في السلم لم يصح البيع على الصحيح.

وإن ذكـر له من صفات المبيع ما يكفي في صحـة السلم صح بيعه في ظاهر المذهب وهو قول أكثر أهل العلم لا يصح حتى يراه لأن الصفة لا يحصل بها معرفة المبيع فلن يصح البيع كالذي لا يصح السلم منه.

والصحيح أنه بيع بالصفة فيصبح كالسلم، لأن الصفة تحصل بالصفات الظاهرة التي تختلف بها الثمن ظاهراً ولأنه لا يعتبر في الرؤيا الاطلاع على الصفات الخفية(٣٠).

وبناء على هذا المفهوم للرؤيا المعتبرة عندهم خرجوا العديد من المسائل منها:

- عدم جواز بيع الحمـل في البطن، واللبن في الضرع، والمسك في الفأرة، والنواة في التمـر، والبيض في الدجاجة للجهالة سواء في الصفة والمقدار، لحديث أبي هريرة

(٢٩) المـرداوي، لإنصـاف ٢٩٥/٤ طبعـة دار إحياء التراث العربي ببيروت، الصالحي، الإقناع وشرحه كشاف القناع ١٨٧/٣ طبعة دار الكتب العلمية ببيروت.

(٣٠) ابـن قدامـة، الشرح الكبير ٢٦/٤ طبعة دار الكتب العلميـة ببيروت، ابن قدامة، الكافي ١١/٢-١٢، المرداوي، الإنصاف ٢٩٥/٤/٢٩٦، الصالحي الإقناع وشرح كشاف القناع ١٨٩/٣.

أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع المضامين[٣١] والملاثيم[٣٢].

- عدم جواز بيع الصوف على الظهر في مشهور المذهب، لأنه متصل بالحيوان فلم يجز إفراده بالعقد كأعضائه وقيل يجوز بشرط جزه في الحال، لأنه معلوم ممكن تسليمه، فجاز بيعه كالزرع في الأرض[٣٣].

- عدم جواز بيع الملامسة والمنابذة، كأن يبيعه شيئاً ولا يشاهده فيقول أي ثوب لمسته أو نبذته فهو بكذا، وكذا عدم جواز بيع ما هو مستور في الأرض ويظهر ورقه كاللفت والفجل والقلقاس والثوم وغيره.

- عدم جواز بيع شاة من قطيع، أو شجرة من بستان، لأن شياه القطيع غير متساويات القيم فتكون مجهولة لأن ذلك يفضي إلى النزاع، ولما فيه من الغرر المنهي عنه.

وكذا لا يجوز بيع قطيع إلا شاة نص عليه أحمد -رحمه الله- وهو قول أكثر أهل العلم استناداً لحديث رسول الله صلى الله عليه وسلم الذي نهى فيه عن الثنية إلا أن تعلم[٣٤].

وقد وضعوا ضابطاً لذلك فقالوا: إنه لا يصح استثناء ما لا يصح بيعه منفرداً أو بيع ما عداه منفرداً عن المستثنى ونحوه[٣٥].

وبعد هذا العرض للرؤيا المعتبرة وحدودها عند الفقهاء، أرى أن الرؤيا التي يتحقق فيها العلم بالمقصود هي الأولى بالترجيح وذلك لاتساع هذا المفهوم وحدوده، وخاصة

(٣١) المضامين، قال أبو عبيد المضامين ما في أصلاب الفحول، والملاثيم ما في البطون من الأجنة ابن قدامة، الشرح الكبير ٢٧/٤.

(٣٢) ابن قدامة، الشرح الكبير ٢٨/٤، ابن قدامة، الكافي ١٠/٢.

(٣٣) ابن قدامة، الكافي ١٠/٢، ابن قدامة، الشرح الكبير ٢٨/٤.

(٣٤) الحديث أخرجه أبو داود في البيوع ٢٥٩/٣، والترمذي في البيوع ٥٧٦٥/٣ طبعة الحلبي، والنسائي في البيوع ٢٦٠/٧ طبعة المكتب ة العلمية بيروت، باب النهي عن بيع الثنيا حتى يعلم.

(٣٥) ابن قدامة، الشرح الكبير ٢٩/٤

أن العلم بالمقصود يختلف باختلاف رؤية المبيع سواء كان المبيع شيئاً واحداً أو أشياء متعددة، وسواء ما رآه مقصوداً بنفسه أو تبعاً له.

ولأن في ترجيح هذا الرأي اتساع لدائرة مفهوم الرؤيا التي تتناسب وتطور العصر وليواكب التطبيق العملي، والذي عليه بيوع الناس في هذا الزمان.

فإذا ما تحقق العلم بالمقصود، تحقق المراد من البيع ، وخاصة أن حق المشتري مكفول بالرد بخيار الرؤيا إن رأى المبيع ولم يناسبه.

وهذا ما ذهب اليه الحنفية والحنابلة وإن كان الحنابلة قد ذهبوا إلى أبعد من ذلك فقالوا أن العلم يحصل برؤية العين أو الشم، أو الذوق، أو بوصف المبيع صفة تكفي في السلم.

المبحث الثاني
آراء الفقهاء في بيع العين غير المرئية

اتفقت آراء الفقهاء جميعاً على أن المبيع إن كان حاضراً في المجلس ومشاهداً للمتعاقدين، فالبيع صحيح إذا توفرت فيه جميع شروط العقد، كذلك اتفقت كلمتهم على أن المبيع الموصوف في الذمة جائز إذا توافرت فيه شروط السلم المعتبرة من جانب الشارع .

هذا موضع اتفاق الفقهاء، أما اختلافهم فكان في شأن المبيع الذي رآه المتبايعان قبل العقد، ثم تم العقد بعد رؤيته وهو غير مشاهد لهما عند التعاقد.

فهل تكفي الرؤية التي سبقت العقد فقط ، أم هو في حاجة ماسة إلى رؤيته عند التعاقد.

كذلك اختلافهم في شأن المبيع إن كان عيناً غير مشاهده للعاقدين وقت التعاقد ولم يسبق رؤيتهما من قبل، فهل يصح العقد أم لا؟.

أولاً:- "البيوع غير المرئية وقت العقد"

فرق الفقهاء في شأن هذا المبيع بين أمرين:

الأمر الأول: إن كان المبيع بما لا يتغير في الغالب.

الأمر الثاني: إن كان المبيع يتغير في الغالب.

فإن كان المبيع مما لا يتغير في الغالب، كالأراضي والأوزان والحديد والنحاس ونحوها، أو كان لا يتغير في المدة المتخللة بين الرؤية والشراء صح العقد عند جمهور الفقهاء من الحنفية والمالكية وجمهور الشافعية وراجح الحنابلة لحصول العلم المقصود[٣٦].

وقال أبو القاسم الأنماطي لا يصح البيع حتى يشاهد المبيع حال العقد وهو قول شاذ مردود، وهو الرواية الثانية عن الامام أحمد[٣٧].

الأدلة:

أولاً: استدل الجمهور لما ذهبوا إليه بالقياس والمعقول:

أمـا القياس فقالوا: إن الرؤية في هذه الحالة كالرؤية وقت العقد بجامع العلم بالمبيع في الحالتـين، فإذا كان العقد صحيحاً، وكان المبيع مشاهداً وقت العقد، فيكون كذلك إذا رآه المتبايعان قبل التعاقد طالما لم يتغير وآمنا تغيره[٣٨].

(٣٦) الكاساني، البدائع ٤٣٣/٥-٤٣٤، ابن رشد، بداية المجتهد ٢-١٥٢، المكتبة التجارية بمصر، النووي، روضة الطالبين ٦٣/٣

القفال، حلية العلماء في معرفة مذاهب الفقهاء ٩٦/٤-٩٦، ابن قدامة، المغني ٢٧/٤

(٣٧) القفال، حلية العلماء ٩٤١٤-المغني ٢٧/١٠

(٣٨) قال الإمام النووي: ليس المراد بتغيره حدوث عيب، فإن خيار العيب لا يختص بهذه الصورة، بل التغيير عما كان عليه والصفة الموجودة عند الرؤية.

النووي، روضة الطالبين ٣١٣/٣، الخطيب، مغني المحتاج ١٩/٢ طبعة الحلبي

أمــا المعقــول: إن الرؤيا إنما أريدت ليصير المبيع معلومــاً، ولا يكون مجهولاً، وهذا المعنى موجود في الرؤية المتقدمة بالعقد.

ثانياً: دليل أصحاب الرأي الثاني القاضي بعدم صحة البيع بالقياس على الشهادة في النــكاح فقالــوا: إن ما كان شرطاً في صحة العقد يجــب أن يكون موجوداً حال العقد كالشهادة في النكاح[٣٩].

ونوقشــ دليل القياس: بأنه قياس مع الفارق، لأن المراد من الشهادة على النكاح، إنما هو للاستيثاق، والاحتياط أما المراد من الرؤية في المبيع، هو العلم به، وقد تحقق العلم بالرؤيــة السابقة على العقد خاصة إذا آمــن تغير المبيع، وعلى ذلك إن وجد المبيع على الصفــة التــي رأى المبيع عليها، فلا خيار للمشتري، لأن العلــم بأوصاف المبيع حاصل بتلك الرؤية السابقة، ويكون المبيع لازماً في حقه ويلزمه دفع الثمن للبائع[٤٠].

أمــا إذا كان المبيع لا يتغير في الغالب ولكن قد تغير بالفعل لأي سبب من الأسباب، ثبت الخيار للمشتري، لأن الرؤية السابقة لم تقع معلمة بأوصافه فكأنه لم يره.

وبنــاء عليه حــق للمشتري طلب فسخ العقــد، وله حق الاجازة وهــذا ليس بسبب الخيار، وإنما هو لتغير المبيع بيد البائع.

ومن الفقهاء كالغزالي يرى بطــلان العقد إذا تغير المبيع ليتبين ابتداء المعرفة السابقة "أي حالة العقد" وهو شرط لصحة العقد[٤١].

أما إذا كان المبيع مما يتغير في الغالب في مثل تلك المدة كالفواكه الرطبة التي يتسارع إليهــا الفساد ينظر: إذا كان قد مضــى من المدة ما يعلم بقاؤها فيها فبيعه جائز، وإن كان

---

(٣٩) القفال، حلية العلماء ج ٩٨/٤

(٤٠) ابن قدامة، المغني لابن قدامة ٢٧/٤

النووي، المجموع ٢٨٨/٩، الماوردي، الحاوي الكبير ١٧/٦

(٤١) النووي، المجموع النووي ٢٨١/٩، ابن الهمام، شرح فتح القدير، ٣٥٢/٦

قضى من المدة ما يجوز أن يبقى فيها ويجوز أن يتلف، فبيعه باطل، لأنه عقد على عين لا يعلم بقاؤها فيه، ولأن المبيع بمنزلة مجهول الحال والعلم به شرط لصحة العقد.

وأما إذا كان المبيع قد مضت مدة عليه يحتمل منها أن يتغير ويحتمل أن لا يتغير، فالأصح الصحة لأن الأصل سلامته، وبقاؤه على حاله، وذهب الشافعي إلى القول بعدم الجواز، لأن المبيع متردد، بين السلامة والعطب(٤٢).

فإن وجده متغيراً، فللمشتري الخيار، فإن وقع الخلاف بينهما فقال المشتري: تغير وقال البائع هو بحاله، لم يتغير، فالأصح عند الشافعية والحنابلة أن القول قول المشتري مع يمينه، لأن البائع يدعي عليه علمه بهذه الصفة، فلم يقبل كإدعائه إطلاعه على العيب.

لأننا لو قلنا بأن القول قول البائع لكان في هذا الزام للمشتري بأمر لم يعترف به وهو الثمن(٤٣).

وذهب الحنفية وبعض الشافعية إلى القول: بأن القول قول البائع مع يمينه، لأن الأصل عدم التغير، ولأن دعوى التغيير بعد ظهور سبب لزوم العقد وهو رؤية ما يدل على المقصود، ولأن التغيير حادث، لأنه إنما يكون بعيب أو تبدل هيئة، وكل منهما عارض(٤٤).

أما المالكية فقد أسندوا الأمر إلى أهل الخبرة، فإن هم رجحوا التغيير، فالقول قول المشتري، على اعتبار أن الترجيح يحصل به العلم أو الظن القوي.

---

(٤٢) القفال، حلية العلماء ٣/٩٦ – النووي، روضة الطالبين ٣/٣٧، النووي، المجموع ج ٩/٢٨١ ابن قدامة، المغني لابن قدامة ٤/٢٦، الأصبحي، المدونة ٤/٢٠٥

(٤٣) النووي، المجموع ٩/٢٨٢، ابن قدامة، المغني ٣/٥٨٤

(٤٤) ابن الهمام: شرح فتح القدير ٦/٣٥٢، الكاساني، البدائع ٥/٤٣٤، النووي، المجموع ٩/٢٨٢

وإن هــم رجحوا عدم التغيير أو عدمه، فالقول قــول البائع ، وإن انتابهم الشك فلم يقطعــوا بالتغيير أو عدمه فالقول للبائع مع يمينه، علــى اعتبار أن الشك يفسر لمصلحة البائــع ، فيصدق، لأنه منكر والقــول قول المنكر، لأن المشــتري في ادعائه تغير المبيع ، يدعي حق له وهو الرد على البائع [٤٥].

ثانياً: شأن المبيع إن كان عيناً غير مشاهده للعاقدين وقت التعاقد ولم يسبق رؤيته من قبل:

اختلف الفقهاء في حكم هذا المبيع على ثلاثة أقوال:

القول الأول: ذهب أنصار هذا الرأي إلى القول: بأن من اشترى شيئاً لم يره، فالبيع جائز ،وللمشــتري الخيار إذا رآه، إن شاء أخــذه بجميع الثمن، وإن شاء رده سواء رآه على الصفة التي وصفت له، أو على خلافها، ويكفي عند أصحاب هذا الرأي الاشارة إلى المبيع أو إلى مكانه، فإن لم يشر إليه لم يجز بالإجماع [٤٦].

وإلى هذا ذهب الحنفية والشافعي في مذهبه القديم[٤٧] ومرجوح الحنابلة.[٤٨]

القول الثاني: ذهب أنصاره إلى القول: بجواز هذا البيع بشرط الوصف،سواء كان المبيع على البت ، أم على الخيار، أو سكت المتعاقدان فلم يتعرضا للبت أو الخيار وإلى هذا ذهب المالكية والراجح عند الحنابلة.

(٤٥) الشرح الكبير ٢٥/٤

(٤٦) الحصفكي، جاء في الدر المختار ٥٩٣/٤ ط. الحلبي وصح الشراء والبيع لما لم يرياه والإشارة إليه –أي المبيع- أو إلى مكانه شرط الجواز، فلو لم يشر إليه لم يجز إجماعاً

(٤٧) جاء في المجموع شرح المهذب للنووي ٢٧٦/٩

وفي بيع الأعيان الحاضرة التي لم تر، قولان مشهوران، قال في القديم والإملاء والصرف من الجديد، يصح وقال في الأم وعامة الكتب الجديدة يصح

(٤٨) الدسوقي، حاشية الدسوقي ٢٥/٣، ابن رشد بداية المجتهد ١٥٠/٢ الشربيني، مغني المحتاج ١٨/٢ النووي، المجموع ٢٧٦/٩، الماوردي، الحاوي الكبير ٢٢/٦

وقـال بعضهم: يجوز بيع الغائب بلا وصف ولو شرط فيه الخيار وهذا ما رجحه ابن رشـد، وصححه الدسوقي عن الخطاب وهو قول بعض الشافعية من مرجوح مذهبهم وهو قول الشعبي والحسن، والنخعي، والثوري وغيره من أهل الرأي(٤٩).

القـول الثالث: ذهب أنصاره إلى القول بعـدم صحة بيع الغائب مطلقاً وإليه ذهب الامام الشافعي في مذهبه الجديد والحنابلة في مرجوح مذهبهم(٥٠).

أدلة أصحاب الرأي الأول:

استدل أصحاب الرأي الأول القائل بصحة البيع بالكتاب والسنة والمعقول.

أما الكتـاب: فقوله تعالى "وأحل الله البيع"(٥١) دلت الآية بعمومها على حل كل بيع مـا لم يرد دليل على تحريمه من كتـاب أو سنة أو اجماع، وعليه يدخل بيع الغائب تحت عموم الآية.

نوقش الاستـدلال بالآية: بأن الآية عامة مخصوصة لحديـث النهي عن بيع الغرر، ومنـه بيع الغائب لجهالة المبيـع(٥٢)، ولأنه باع ما لم يره ولم يوصـف، فلم يصح كبيع النوى في التمر.

(٤٩) جاء في مغني المحتاج: والاظهر أنه لا يصح بيع الغائب، وهو ما لم يره المتعاقدان أو أحدهما، والثاني يصح إذا وصف بذكر جنسه ونوعه اعتماداً على الوصف، الخطيب، مغني المحتاج ١٨/٢

(٥٠) ابن قدامة، المغني لابن قدامة ٢٥/٤ طبعة دار الكتب العلمية

وجاء فيه "ولنا أنه بيع مجهول، لم يره ولم يوصف له، فأشبه بيع الحمل.

ولا خلاف بين الفقهاء على عدم جواز بيع الحمل لورود النهي عنه استدلالاً بما روي عن ابي سعيد الخدري: نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن شراء ما في بطون الأنعام حتى تضع، وعما في ضروعها إلا بكيل أو وزن، لأنه قد يكون حملاً وقد يكون ريحاً، وذلك غرر من غير حاجة فلم يجز، لأنه إن كان حملاً فهو مجهول القدر ومجهول القدر ومجهول الصفة، وذلك غرر من غير حاجة فلم يجز.

الشيرازي، المهذب ٣٣٢/٩، القفال، حلية العلماء ١١٣/٤، الماوردي، الحاوي الكبير ٢٢/٦

(٥١) البقرة آية ٢٧٥

(٥٢) النووي، المجموع ٢٨٦/٩، النووي، روضة الطالبين ٣٧/٣، ابن قدامة، المغني والشرح الكبير ٢٥/٤

أما السنّة:

أولاً: فما رواه ابن أبي شيبة والبيهقي عن مكحول أن النبي صلى الله عيه وسلم قال: "من اشترى شيئاً لم يره، فله الخيار إذا رآه، إن شاء تركه وإن شاء أخذه"(٥٣).

وجه الدلالة : يدل الحديث على إثبات الخيار لمن اشترى شيئاً لم يره، فدل ذلك على مشروعية هذا البيع.

نوقش الاستدلال بالحديث، بأنه لم يصلح الاحتجاج به، لأن الحديث جاء مرسلاً لأن مكحولاً تابعي، كما أن في اسناده أبا بكر بن أبي مريم هو ضعيف(٥٤).

أجيب عن ذلك: لا نسلم لكم أن المرسل ليس بحجة مطلقاً، فهو حجة عند أكثر أهل العلم، وتضعيف ابن أبي مريم بجهالته لا ينفي علم غير المضعفين بها، وقد روي هذا الحديث الحسن البصري وابن سيرين وهو رأي ابن سيرين وعمل به مالك وأحمد وهو ممن نقل عنه تضعيف ابن أبي مريم فدل قبول العلماء على ثبوته(٥٥).

ثانياً: بما روي أن عثمان بن عفان –رضي الله عنه- باع أرضاً بالبصرة من طلحة بن عبد الله فقيل لطلحة انك قد غبنت، فقال: لي الخيار لأني اشتريت ما لم أره، وقيل لعثمان إنك قد غبنت فقال: لي الخيار لأني بعت ما لم أره فحكّما بينهما جبير بن مطعم، فقضي بالخيار لطلحة، وكان ذلك بمحضر من الصحابة رضي الله عنهم(٥٦).

وجه الدلالة: إن اثبات الخيار من جبير بن مطعم، لأحد الصحابيين فيه من الدلالة على صحة عقد البيع الذي يريا منه المعقود عليه.

---

(٥٣) الحديث رواه البيهقي في سنة ٢٦٨/٥ في كتاب البيوع باب من قال يجوز بيع العين الغائبة، كما رواه الدار قطني في سننه ٤/٣ كتاب البيوع

(٥٤) النووي، المجموع ٢٨٦/٩

(٥٥) ابن الهمام، شرح فتح القدير ٣٣٧/٦

(٥٦) رواه البيهقي في السنن الكبرى ٢٦٨/٥ في كتاب البيوع باب من قال يجوز بيع العين الغائبة

نوقش الاستدلال لهذا الحديث بأنه قول صحابي، ولم ينتشر في الصحابة فانتفت الحجة به(٥٧).

أجيب عن ذلك بأنا لا نسلم لكم عدم انتشاره بين الصحابة بل كان ذلك بمحضر من الصحابة رضي الله عنهم(٥٨).

قال النووي: والصحيح عندنا أن قول الصحابة ليس بحجة إلا أن ينتشر من غير مخالف(٥٩).

ثالثاً: بما رواه عمر ابن ابراهيم بن خالد عن وهب البكري عن محمد بن سيرين، عن أبي هريرة، عن النبي صلى الله عيه وسلم قال: "من اشترى شيئاً لم يره فهو بالخيار إذا رآه"(٦٠).

نوقش الاستدلال بالحديث بأنه ضعيف، ويرجع ذلك بسب ما نسب لراويه من ضعف ووضع الحديث، وممن ضعفه الدار قطني والبيهقي.

قال الدار قطني: "عمر ابن إبراهيم يضع الحديث، وقال هذا حديث باطل، لم يروه غيره، وإنما يروي هذا عن ابن سيرين من قوله"(٦١).

أما القياس: إن عقد البيع عقد معاوضة، فعدم رؤية المعقود عليه لا تمنع جوازه

---

(٥٧) النووي المجموع ٢٨٦/٩-٢٨٧

(٥٨) قال الكمال بن الهمام "الظاهر أن مثل هذا يكون بمحضر من الصحابة – رضي الله عنهم- لأن قضية يجري فيها التحالف بين رجلين كبيرين ثم أنهما حكما غيرهما فالغلب على الظن شهرتها وانتشار خبرهما، فحين حكم جبير بذلك ولم يرد عن أحد خلافه كان اجماعاً سكوتياً.

ابن الهمام، شرح فتح القدير ٣٤٠/٦، المرغيناني، الهداية ٢٥/٣

(٥٩) النووي، المجموع ٣٠٢/٩

(٦٠) الحديث روي مسنداً ومرسلاً، المسند عن أبي هريرة، والمرسل من مكحول رفعه إلى النبي صلى الله عليه وسلم، نقل النووي اتفاق الحفاظ على ضعفه، الزيلعي، نصب الراية ٩/٤

(٦١) النووي، المجموع ٢٨٦/٩

كالنكاح .(٦٢)

وأجيب عن ذلك بوجهين:

الوجه الأول: إن المعقود عليه بالنكاح هو الاستمتاع ، ولا يمكن رؤيتها، . ولأن الحاجة تدعو إلى ترك الرؤية لمشقتها في الغالب ، أما رؤية المبيع فالغرض منه هو حصول العلم به . (٦٣)

الوجه الثاني : النكاح لا يمكن منه المعاوضة، ولا يفسد بفساد العوض، ولا يترك ذكره ، ولا يدخله شيء من الخيارات، كما أن اشتراط الرؤية مشقة على المخدرات وأضرار بهن، كما أن الصفات التي تعلم بالرؤية ليست هي المقصودة بالنكاح ، فلا يضر الجهل بخلاف البيع .(٦٤)

وعلى هذا فإنه يشترط رؤية ما هو مقصود بالبيع ، فلو باع ثوباً مطوياً أو عيناً حاضرة لا يشاهد منها ما يختلف الثمن لأجله،كان كبيع الغائب، وإن حكمنا بالصحة، فللمشترى خيار الرؤية عند رؤية المبيع في الفسخ والإمضاء ويكون على الفور، فإن اختار الفسخ فله ذلك، فإن لم يفسخ فسد العقد، لأن الخيار خيار الرؤية.(٦٥)

الوجه الثالث: إن تفريقكم بين النكاح والبيع في الرؤيا لا مبرر له، لأن الرؤيا عندما تكون شرطاً في انعقاده ، ولو لم تكن الرؤيا شرطاً في لزوم النكاح لم تكن شرطاً في انعقاده .(٦٦)

دليل أصحاب الرأي الثاني: القائل بصحة البيع بشرط الوصف استدلوا بالكتاب

---

(٦٢) السرخسي، مبسوط ٦٠/١٣، المرغيناني – الهداية ٢٥/٢

(٦٣) النووي، المجموع ٢٨٧/٩

(٦٤) ابن قدامة، المغني ٢٥/٤، الماوردي، الحاوي الكبير ٢١/٦

(٦٥) المرجع السابق ونفس الصفحة

(٦٦) الماوردي، الحاوي الكبير ٢١/٦

والمعقول.

اما الكتاب : فقوله تعالى: ﴿ يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ لَا تَأۡكُلُوٓاْ أَمۡوَٰلَكُم بَيۡنَكُم بِٱلۡبَٰطِلِ ﴾(٦٧)

وجه الدلالة:الآية أباحت كل تجارة أساسها التراضي، وبيع الشيء الغائب قد تراضى عليه الطرفان، فيكون البيع داخلاً تحت العموم الذي أباحته الآية.

نوقش الاستدلال بالآية: بأننا لا نسلم عموم ما أباحته الآية، لأنها لم تفصل بين غائب موصوف وغير موصوف، ومن ثم يكون بيع الغائب جائزاً على اطلاقه، وهذا نقيض ما ذهبتم اليه حيث لا تجيزوا بيع الغائب إلا بالوصف فقط.

أما المعقول: إن بيع المغيب مع الوصف يكون معلوماً للعاقدين، لأن الصفة تحصل بمعرفة المبيع فصح كالسلم.(٦٨)

فإن قيل بأنه لا يصح البيع لأن الصفة لا تحصل بمعرفة المبيع، فلم يصح البيع بها كالذي لا يصح السلم فيه.

وأجيب عن ذلك: لا نسلم أنه يحصل به معرفة المبيع فإنها تحصل بالصفات الظاهرة التي يختلف بها الثمن ظاهراً وهكذا يكفي، بدليل أنه يكفى في السلم أنه لا يعتبر في الرؤية الاطلاع على الصفات الخفية، واما ما لا يصلح سلم فيه فلا يصح بيعه بالصفة لأنه لا يمكن ضبطه بها.

وعليه إذا ثبت هذا البيع ووجده المشتري على الصفة لم يكن له حق الفسخ، وهو قول أكثر اهل العلم وقال أبو حنيفة والنووي وأصحابه، له الخيار بكل حال، لأنه يسمى بيع خيار الرؤية، ولان الرؤية من تمام العقد فأشبه غير الموصوف.

(٦٧) النساء آية رقم ٢٩

(٦٨) ابن قدامة، المغني ٤/٢٦



والراجح:إن سلم لـه المعقود عليه بصفاته فلم يكن له الخيار كالمسلم فيه، ولأنه مبيع موصوف فلم يكن للعاقد فيه الخيار في جميع الأحوال كالسلم.(٦٩)

أدلة أصحاب الرأي الثالث القائل: بعدم صحة بيع الغائب مطلقاً:

استدل أصحاب هذا الرأي بالسنة والمعقول:

أمـا السنّة: فيما رواه مسلم بسنده عن أبـى هريرة رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم: "نهى عن بيع الغرر".(٧٠)

وجـه الدلالة من الحديث: إن بيع العين الغائبة اشتمل العقد فيه على الغرر، لأنه بيع مـا لم ير، ولم يوصف، فلم يصح مع الجهل بصفـة المبيع لم فيه من الغرر المنهي عنه، ولأن حقيقة الغرر ما تردد بين جائزين أخوفها أغلبها، والغرر هنا من وجهين أنه لا يعلم هل المبيع سالك أم هالك، والثاني أنه لا يعلم هل سيصل إليه أم لا.(٧١)

نوقش الاستدلال بحديث: "النهي عن بيع الغرر" من عدة وجوه:

الأول: ليسـ الاستدلال بالحديث مثبتاً لدعواكـم، لأن الحديث محمول على البيع البـات الذي لا خيار فيه، لأنه هـو الذي يوجب ضرر المشتري والنهـي قطعاً ليس إلا كذلك.(٧٢)

الثـاني: إن الغرر المنصوص عليه في الحديـث يحتمل ان يكون هو الخطر، ويحتمل ان يكـون من الغرور بمعنى أن يغر البائع المشتري بمـا ليس بالمبيع، فلا يكون حجة مع الاحتمال.

(٦٩) ابن قدامة، المغني ٤/ ٦٤

(٧٠) الحديث، أخرجه مسلم في البيوع باب بطلان بيع الحساه والبيع الذي فيه غرر (١٥١٣) والنسائي في البيوع ٧/٢١٢ والبيهقي ٥/٣٣٨ والدار قطني ٣٢/١٥-١٦

(٧١) الماوردي، الحاوي الكبير ٦/١٩، ابن قدامة، المغني ٤/٢٥

(٧٢) ابن الهمام، شرح فتح القدير ٤/٣٣٦



الثالث: إنما يلزم الضـرر لو لم يثبت للمشتري الخيار إذا رآه، فإذا ما رآه، أوجبنا له الخيار فلا ضرر فيه أصلاً، بل فيه مصلحة، وهي حاجة كل من البائع والمشترى.

رابعـاً: إن المراد الحقيقي من الغـرر في الحديث هو الغرر الواقـع في صلب العقد بالتعليق بشـرط أو بالإضافة إلى وقـت عملاً بالدلائل كلها، وعلـى هذا تكون دعوى الغرر ممنوعة.(٧٣)

ثانياً: " فيما رواه حكيم بن حزام أن النبي صلى الله عليه وسلم قال: "لا تبع ما ليس عندك".

والحديـث معناه على عدم جواز البيع، إذا لم يكن المبيع حاضراً وقت التعاقد على اعتبار أن الكلمة "عند" في الحديث تفيد الحضور، وكما هو المعروف بأن النهي حقيقة يفيد التحريم، وهو ما يدل على الفساد، فيكون البيع الغائب فاسداً.

نوقشـ الاستدلال بالحدث بـأن المراد بالنهي عن بيع ما ليس عنـد الإنسان، وهو ما ليسـ بالملك اتفاقاً لا ما ليس في حضرتك، وقد شرطنا في هذا البيع كون المبيع مملوكاً للبائع فقضينا عهدته، ويحتمل أن يكون المراد منه بيع ما ليس بمملوك له لا بطريقة النيابة عـن مالكه، أو بيع شيء مباح علـى أن يستولي عليه فيملكه فيسلمه والدليل إذا تطرق إليه الاحتمال بطل به الاستدلال.(٧٤)

أما المعقول: فاستدلوا به من وجهين:

الأول: إن جهالة الذات تمنع صحة العقد ولإفضائه إلى المنازعة، لأن الأعيان تختلف رغبات الناس فيها لاختلاف ماليتها، فالبائع إذا سلم عيناً فمن الجائز أن يطلب المشتري عيناً أخرى أجود منها باسم الأولى فيتنازعان.

(٧٣) البابرتي، شرح العناية بهامش فتح القدير ٦/٣٣٦

(٧٤) الكاساني، بدائع الصنائع، ٥/١٦٣ – ابن الهمام، شرح فتح القدير ٦/٣٣٦

الثـاني: إن جهالـة الوصف مفضي إلى المنازعة أيضـاً، لأن الغائب عن المجلس إذا أحضـره البائع ، فمن الجائز ان يقول المشتري هذا ليس عـين المبيع بل مثله من جنسه فيقعـان في المنازعة بسبب عدم الرؤيـة ، لأن عدمها يوجب تمكن الغرر في المبيع وهو منهي عنه.

نوقش الاستدلال بالمعقول من وجهين:

الوجه الأول: بأن دعوى الغرر ممنوعة، فإن الغرر هو الخطر الذي استوفى فيه طرف الوجـود والعدم بمنزلة الشك، وهنا ترجح جانب الوجـود على العدم بالخبر الراجح صدقه على كذبه، فلم يكن فيه غرر.

الوجه الثاني: إن الجهالة من بعد الرؤية لا تفضي إلى المنازعة، لأنه لو لم يوافقه رده، فصار كالجهالة الوصف في المعاين.(٧٥)

الرأي الراجح:

بعد أن ذكرنا رأي كل فريق والأدلة التي استند إليها لا بد لنا لنقف على الرأي الراجح أن أبين مواضع الاتفاق ومواضع الخلاف بين الفقهاء.

إن منشـأ الخلاف بين من قال بعدم جـواز بيع العين غير المرئية وبين القائلين بالجواز هو في الأخذ بالدليل الخاص بخيار الرؤية فمن طعن في سند الحديث لم يأخذ به، ومن أثبتـه كالحنفية أخذ به مع الاتفاق جميعـاً على أن بيع الغرر منهي عنه، ولكن ليس هذا علـى إطلاقه، فالحنفية، يرون أن الغرر في مثل هذه البيـوع يأتي من قبيل انعقاد البيع مـع الجهالة بالمبيـع ، وهم لا يقولون بانعقاد العقد مع الجهالة لعـدم الرؤيا، وإنما أثبتوا للمشـتري الخيار إذا رأى المبيع ، فإن لم يوافقه رده، وبهذا تنتفى المنازعة التي ربما تنشأ

(٧٥) سعدي حلبي، حاشية سعد الدين حلبي بهامش فتح القدير ٦/٣٣٦



بين البائع والمشتري.(٧٦)

أما جمهور الفقهاء من الشافعية والحنابلة، فلم يثبتوا خيار الرؤيا للمشتري، وعليه فإن انعقاد البيع مع الجهالة غرر يفضي إلى المنازعة ومن ثم يكون منهياً عنه.

أما في قيام الوصف قيام الرؤيا فقد اختلف الشافعية مع الحنابلة والمالكية، وسبب الخلاف في ذلك هو نقصان العلم بالصفة، وهل هو جهل مؤثر في البيع أم ليس بمؤثر فمن رأي تأثيره اعتبره من الغرر الكبير كالشافعي، ومن رأى عدم تأثيره اعتبره من الغرر اليسير كالمالكية.(٧٧)

الراجح:

بعد معرفة منشأ الخلاف بين الفقهاء والأدلة التي استند إليها كل فريق، ترجح لي في هذه المسألة رأي الحنفية الذين يثبتون خيار الرؤيا للمشتري، وذلك لسلامة دليلهم المستند إلى سيدنا عثمان وطلحة عن المعارض.

كذلك فإن الحاجة اليوم لمثل هذا الخيار طالما لم يقم مانع شرعي يمنع من ذلك، فالحكم يصح إذا قام المقتضي وهي الحاجة، انتفى المانع .

بالإضافة إلى أن أفعال العباد واعتيادهم خيار الرؤيا فكان هذا بمثابة عرف شرعي طالما انتفى المانع ، فكل شرط كان في مصلحة العقد فهو صحيح، وبه قال غير المجوزين، لأن في خيار الرؤية مصلحة عظيمة للطرفين طالما أن الضرر منفي.

---

(٧٦) جاء في حاشية سعدي حلبي بهامش فتح القدير (أن الجهالة بعدم الرؤيا لا تفضي إلى المنازعة مع وجود الخيار، فإنه إذا لم يوافقه رده، ولا نزاع ثمة يقتضي خياره، وإنما أفضت إليها لو قلنا بإبرام العقد، ولم يقل به فصار كالجهالة بالوصف في المعاين المشار إليه، بأن اشترى ثوباً مشاراً إليه غير معلوم عدد ذرعانه، فإنه يجوز لكونه معلوم العين، وإن كان ثمة جهالة كونها لا تقضي إلى المنازعة).

(٧٧) قال ابن رشد: (هل نقصان العمل المتعلق بالصفة عن العلم المتعلق بالحس جهل مؤثر في بيع الشيء، فيكون من الغرر الكثير، أم ليس مؤثر، وأنه من الغرر اليسير العفو عنه، فالشافعي رآه من الغرر الكثير، ومالك رآه من الغرر اليسير)

المبحث الثالث

في البيع بالنموذج(٧٨)

الأُنمـوذج: هو بضم الهمـزة وفتح الدال المعجمـة، مقدار تسميـة السماسرة عيناً، وأنموذج مثالاً لبعض المبيع الدال على باقيه.(٧٩)

وصورتـه: أن يرى المشتري المبيع دون سائرة، كما لـو كان المبيع أثواباً متعددة وهي مـن نمط واحد لا تختلف في العادة، فيشتريها المشتري بعد أن يرى نموذجاً منها، وهذا ينطبق على كل مثلي سواء كان حبوباً او أقمشة ونحوها.

حكم البيع بالنموذج:

اختلـف الفقهاء في حكم هذا المبيـع ، فذهب جمهور الفقهاء مـن الحنفية والمالكية والشافعيـة إلى القـول بصحته، وذهب الحنابلـة إلى القول بعدم صحـة هذا البيع ، وسأفرد رأي كل مذهب على حده تحقيقاً للفائدة.

أولاً: الحنفية:

بالتأمل في كتب الحنفية يستشـف أن المتقدمين من فقهاء المهذب لم يتعرضوا لبيان حكم هذه المسألة إلا أن المتأخرين منهم قد نبهوا عليها كما ذكر ذلك ابن عابدين حيث قـال: "ويبقـي شيء لم أر من نبه عليه وهو ما لو كان المبيع أثواباً متعددة وهي من نمط واحـد لا تختلف عادة، بحيث يباع كل واحد منهـا بثمن متحد، ويظهر على أنه يكفي رؤية ثوب منها إلا إذا ظهر الباقي أردأ، وذلك لأنه تباع بالنموذج في عادة التجار، فإذا

(٧٨) لقد أطلق بعض الفقهاء على هذا البيع بالأنموذج، والبعض الآخر بالنموذج، والأصح هو الثاني، لأن التعبير الأول لحن شائع، الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته ج ٥/٢٥٩١

(٧٩) السرخسي، المبسوط ١٣/٧١

كانت ألوانه مختلفة ينظرون من كل لون إلى ثوب واحد، بل قد يقطعون من كل لون قطعة قدر الاصبع ويلصقون القطع في ورقة، فيعلم حال جميع الأثواب برؤية هذه الورقة". [٨٠]

ويكون طول الثوب وعرضه معلوماً، فإذا وجدت الأثواب كلها على الحال المرئي والمعلوم بلا تفاوت منها ينبغي أن يسقط خيار الرؤية، لأنها حينئذ بمنزلة العددي المتقارب كالجوز والبيض، إذ لا شك أنه قد يحصل تفاوت بين جوزة وجوزة ولكنه يسير لا ينقص الثمن، فإذا كان النوع من الثياب على هذا الوجه الذي لا يختلف ثوب منها عن ثوب اختلافاً ينقص الثمن عادة كان ذلك، ولاسيما إذا كانت الثياب من سدى واحد، لأنه داخل في قول الهداية وغيرها ان يكتفى برؤية ما يدل على العلم المقصود. [٨١]

وقال السرخسي في المبسوط: "إن كل ما يفرض بالنموذج، فرؤية جزء منه يكفي لإسقاط الخيار منه، وما لا يعرض بالنموذج فلا بد من رؤيته كل واحد منهما لإسقاط الخيار".

وفيما يعرض بالنموذج إنما يلزم العقد إذا كان ما لم يره مثل ما رآه، او أجود ما رأى، فإن كان مما رأى فله الخيار، لأنه إنما رضي بالصفة التي رآها، فإذا تغير لم يتم الرضا به. [٨٢]

وإن اختلفا فقال المشتري قد تغير، وقال البائع لم يتغير فالقول قول البائع مع يمينه وعلى المشتري البينة، لأن دعواه التغيير بعد ظهور سبب لزوم العقد وهو رؤية جزء

---

(٨٠) الحصفكي، الدر المختار ٥٩٨/٤

(٨١) ابن الهمام، شرح فتح القدير ٥٩٧/٥-٥٩٨

(٨٢) ابن الهمام، شرح فتح القدير ٣٤٢/٦، السرخسي، المسوط ٦٢/١٣

من المعقود عليه بمنزلة دعوى العيب في المشتري.[٨٣]

ثانياً: المالكية:

اتفـق المالكية على جواز البيع بالنموذج إذا كان المبيع مثلياً كان رأى بعض المثلي من مكيل أو موزون كالقطن أو الكتان.

أمـا إذا كان المبيع متقوماً فظاهر المذهب برؤية بعضه، بل يشترط رؤية جميع المتقوم باستثناء مسألتين.

الأولـى: مسألة الضرر الواقع على البائع، فإن وجـد ضرر على البائع يكتفى برؤية بعض المبيع.

الثانية:مسألة الشراء على الصفة: "فلو اشترى على صفة ما قد رأى منه فقد قال ابن عبد البر القرطبـي" لا يجوز بيع الثوب إذا كان ظاهراً مطوياً حتى يفتح ويظهر وينظر له ويقلب داخله وظاهـره ويعرف طوله وعرضه فإذا نظر إلى بعضه واشتراه على آخر صفة ما رأي فيه جاز.[٨٤]

ثالثاً: الشافعية:

اختلف فقهاء الشافعية في بيع النموذج على قولين:

القـول الأول: ذهب أنصاره إلـى القول ببطلان بيع النموذج كمـا لو رأى أنموذج مـن البيع منفصلاً عنه وبنى أمـر المبيع عليه، مثل قوله بعتك من هذا النوع كذا وكذا، فالبيـع باطل، وعللوا لرأيهم بأنه لم يعين مـالاً، ولم يراع شروط السلم ولا يقوم ذلك مقام الصفة في السلم على الصحيح من الوجهين، لأن الوصف يرجع إليه عند النزاع بخلاف هذا.

(٨٣) السرخسي، المبسوط ١٣/ ٦٢

(٨٤) الدسوقي، حاشية الدسوقي ٣/ ٣٤ – القرطبي، الكافي في فقه أهل المدينة ٢/ ٣٨ – الأصبحي، المدونة ٤/ ٢٠٨

الرأي الثاني: ذهب أنصاره إلى التفرقة بين ما كان النموذج داخلاً في البيع كما لو قال بعتك الحنطة التي في هذا البيت، وهذا النموذج منها كما لو رآه متصلاً بالباقي صح على الصحيح.

أما إذا لم يدخل النموذج في المبيع، فأصح الأقوال، أنه لا يصح البيع، لأن المبيع غير مرئي.

ولا يخفى مسالة النموذج مفروضة في المتماثلات المتساوية الأجزاء كالحبوب ونحوه.(٨٥)

الحنابلة:

ذهب الحنابلة إلى عدم صحة بيع النموذج، بان يريه صاعاً، ويبيعه الصبرة على أنها من جنسه على الصحيح في المذهب.

كذكر الصفات وذلك لأنه يشترط عندهم رؤية المتعاقدين المبيع رؤية مقارنة للبيع، وذلك برؤية جميع المبيع او بعض منه يدل على بقيته.(٨٦)

الراجح: ما ذهب إليه الحنفية، وذلك لتعارف الناس على مثل هذه البيوع برؤية البعض منها خاصة إذا كانت وفق الشرع على اعتبار أن المعروف عرفاً كالمشروط شرطاً. واليوم إن الحاجة تدعو إلى مثل هذه البيوع مع التطور الذي حدث من شراء عبر الانترنت لنماذج من السلع، وعبر القنوات الاقتصادية بالتلفزة وعبر الوسطاء في جميع أنحاء العالم، بالإضافة إلى الدقة في الصناعة وانضباط الأوصاف في السلعة المنتجة — يصل إلى حد الكمال في جميع الأشكال في جميع الأشكال والأحجام، بالإضافة أن في تجويز مثل هذه البيوع مصلحة كبيرة للمتعاقدين، طالما انتفى الضرر

(٨٥) النووي، روضة الطالبين ٣٨/٣ — الشربيني، مغني المحتاج ١٩/٢- النووي، المجموع ٢٩٨/٩

(٨٦) الماوردي، الانصاف ٢٩٥/٤ — البهوتي، الروض المربع ص١٦٧- البهوتي، كشاف القناع ١٨٧/٣

لأن الخلاف هو خلاف عصر وزمان لا خلاف حجة وبرهان.. والله أعلم.

المبحث الرابع
بيع العين غير المرئية بين الفقه النظري والواقع العملي المعاصر

بعد التأمل فيما أورده الفقهاء من أراء وأدلة لإظهار بيع العين غير المرئية ، معتمدين في ذلك على البيوع السائدة في زمانهم، مستندين في حكمهم إلى علة أساسية تدور مع الحكم وجوداً أو عدماً، ألا وهي الغرر والجهالة المفضية إلى المنازعة، "فحيث وجد الغرر وجد الحكم، أو انعدم الغرر انعدم الحكم، فالضابط في مسألتنا هو معيار الغرر.[(٨٧)]

فالغرر والجهالة ثلاثة أقسام: كثير ممتنع إجماعاً كالطير في الهواء، وقليل جائز إجماعاً كأساس الدار، ومتوسط اختلف فيه، هل يلحق الأول أو الثاني.

فأجاز الحنفية بيع ما يشمل على غرر يسير كالأشياء التي تختفي في قشرتها كالجوز واللوز والفستق والبازيلاء والأرز والسمسم في قشرتها الاعلى والحنطة في سنبلها والبطيخ والرمان على ان يكون المشتري خيار الرؤية.

---

(٨٧) الغرر لغة : الخطر، يقال غرته الدنيا غروراً خدعته بزنتها وغير الشخص يغر من باب ضرب غرره بالفتح فهو غر، وغرر بنفسه تقريراً عرضها للهلكة، والاسم الغرر المغربي المصباح المنير ٢/ ٦٨٢

الغرر في الاصطلاح:

عند الحنفية: ما يكون مجهول العاقبة أم لا أو هو ما طوي عنك علمه البابرتي: العناية بها مسن فتح القدير ٦/ ٥١٢

عند المالكية: ما تردد بين السلامة والعطب الآبي، جواهر الإكليل ٢/ ٢١

أو هو التردد بين أمرين أحدهما على الغرر والثاني على خلافه الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ٣/ ٥٥

عند الشافعية: الغرر ما انطوت عنا عاقبته، النووي، المجموع ٩/ ٢٤٤

أو ما تردد بين أمرين أغلبهما أخوفهما، الشرقاوي، تحفة الطلاب ٢/ ٩

عند الحنابلة: الغرر ما تردد بين أمرين ليس أحدهما أظهر: مطالب أولى النهي ٣/ ٢٥

أما المالكية والحنابلة فأجازوا مطلقاً كل ما فيه غرر يسير أو التي تدعو إليه الضرورة.(٨٨)

أما الشافعية: فقد وسعوا من دائرة الاحتراز من الغرر، فلذا لم يجيزوا بيع النموذج على الخلاف في المذهب، ولا بيع شيء مغيب في الأرض كالفجل والجزر والثوم، لأن بيع المجهول يشتمل على الغرر، كعدم جواز بيع الغائب مطلقاً، وهو ما لم يره المتعاقدان أو أحدهما وان كان المبيع حاضراً لما فيه من الغرر حتى في بيع مالا يعرف جنسه او نوعه، لما فيه من غرر كبير، وكذلك ما عرف جنسه و نوعه ففي المذهب الجديد لا يصح بيعه، لوجود الغرر، ويسبب الجهل بصفة المبيع، كما لا يصح السلم مع جهالة صفة المسلم فيه.(٨٩)

وكذلك الحنطة في سنبلها والعدس والحمص والسمسم والحبة السوداء فما دامت في قشورها لا يجوز بيعها منفردة بلا خلاف، وهو القول الجديد للإمام الشافعي، لأنه لا يعلم قدر ما فيها.(٩٠)

ومهما كان الأمر فلا بأس بالتسليم في هذا الرأي مع تسليمنا أيضاً بأن النهي عن بيع الغرر أصل من أصول الشرع يدخل تحته مسائل كثيرة، ولكن لا بد من تبيان أن الشريعة السمحة وضعت ضابطاً لهذه المسألة وهو: "أن كل ما يدخل في المبيع تبعاً بحيث لو أفرد لم يصح بيعه كبيع أساس البناء تبعاً للبناء واللبن في الضرع تبعاً للدابة، وكذلك أن كل ما يتسامح بمثله عادة لحقارته او للمشقة في تمييزه أو تعيينه كدخول الحمام بالأجر مع اختلاف الناس في الزمان، ومقدار الماء المستعمل، وكالشرب من الماء المحرز، وكالجبة المحشوة قطناً".(٩١)

(٨٨) الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته ٣٤١٤/٥ طبعة دار الفكر المعاصر
(٨٩) الشيرازي، المذهب ٢٦٣/١ مطبعة الحلبي، المجموع ٢٨٤/٩، الشربيني، مغني المحتاج ١٨/٢
(٩٠) القفال، حلية العلماء ١٠٣/٤
(٩١) النووي، المجموع ٢٤٦/٩، الزحيلي ٣٤١١/٥

فهـذه الأمور مستثناه من بيع الغـرر، حتى نرفع المشقة عن تعامل الناس حيث يسر الشريعـة ومرونتها، ومع تسليمنا بـأن في الغرر مفسدة مكنونها العـداوة والبغضاء، ولكن هذه المفسدة إذا عارضتهـا المصلحة الراجحة قدمت عليها كما قال ابن تيمية في مجموع فتاويه.(٩٢)

وقـال أيضاً: "معلوم أن الضرر على الناس بتحريم هذه المعاملات أشد عليهم مما قد يتخوف منها من تباغض وأكل مـال بالباطل، لأن الغرر فيها يسير والحاجة إليها ماسة، والحاجة الشديدة يندفع بها يسير الغرر والشريعة جميعها مبنية على أن المفسدة المقتضية للتحريم إذا عارضتها حاجة راجحة أبيح المحرم فكيف إذا كانت المفسدة منتفية".

وفي زماننـا هذا حيث التقـدم العلمي، وما تبعه من نهضـة صناعية، جعلت بعض الضوابط الفقهية تختلف تماماً عما كان عليه زمان وعصر الفقهاء القدامى.

فالسلعة أصبحت منضبطة الوصف، بحيث تصل جودتها إلى درجة الكمال في جميع ما كان يطلب من وصف في السلعة عند الفقهاء من طعم أو لون أو رائحة، وذلك لاتحاد المنتج في المصنع حيث إن انتاج آلاف الوحدات في السلعة المنتجة في الساعة الواحدة بالشروط والمواصفات ولا اختلاف بينها في الشكل والسمك والعرض واللون.

ونخلصـ أن الاختلاف بين ما كان عليه الفقه النظـري، والفقه الواقعي اليوم، هو اختـلاف عصر، وعلة حكم لا اختلاف حجة وبرهان، وعلـى هذا نستطيع القول بأن بيـع السلعة عن طريق العرض في المحال التجارية "البيع بالأنموذج" جائز على إطلاقه لاتحـاد وصف السلعـة الواحدة في جميع الوحـدات، ولانتفاء الغـرر الذي هو علة التحريم في الغالب عند الفقهاء.

(٩٢) ابن تيمية، مجموع الفتاوي لابن تيمه ٢٩/٤٨ مكتبة المعارف – المغرب

فلو رأى شخص تلفزيوناً معروضاً فإن جميع الوحدات من هذا المنتج تكون بنفس المواصفات ونفس الجودة، فلذا لا مكان لاحتمالات الغرر هنا، ومن ثم يكون هذا الشخص كأنه رأى جميع الوحدات.

ومثله في المثليات والقيميات والعدديات المتفاوتة والمتقاربة، ومع دقة الصناعة اليوم فإن ما كان يعد قيمياً قد يكون مثلياً، وما كان يعد من العدديات المتقاربة يعد من العدديات المتماثلة وذلك لانضباط الأوصاف في السلعة المنتجة.

ويسري هذا الحكم، أي حكم بيع الأنموذج على جميع البيوع على الصفة، حيث إن المالكية والحنابلة أجازوه وإن كان المالكية قد اشترطوا في البيع على أساس الصفة أو وجود حالة الضرورة.(٩٣)

ومثاله السلعة التي تكون مستوردة وتتلف بفتحها، والبيع بالصفة هو ما عليه العمل في الوقت الحالي في غالبية البيوع، وذلك، لأن هذا ما هو مطلوب للسلعة المباعة، يكتب جميع صفاتها بطريقة علمية، سواء ما تعلق بالمكونات والمقادير وتاريخ الإنتاج والانتهاء والجنس والنوع.

أما إذا كانت من نوع واحد فيلزم بيان نوعها، ولونها، وحجمها، ومقاسها، وذلك لاختلاف أحجامها ومقاساتها وألوانها.

ومن الملاحظ على غالبية السلع اليوم وجود صورة غلاف للسلعة غير المرئية، توضح الشكل العام لها وحكمها فإنها لا ترقى إلى درجة الوصف الحقيقي للسلعة المستوردة، وذلك قد يحدث أن تكون تلك السلعة المستوردة مخالفة لوصفة الغلاف، ولاحتمالات التدليس على المشتري، وحماية لحقه في هذه الحالة يكون للمشتري حق

(٩٣) البهوتي، كشاف القناع ١٨٧/٣ البهوتي، الروض المربع ١٦٧ مكتبة الرياض الحديثة – ابن قدامة: الكافي في فقه أهل السنة ٣٨/٢ – الدسوقي، حاشية الدسوقي ٣٤/٣

رد هذه السلعة التي هي على خلاف الصفة بخيار التدليس أو خيار الصفة.

كما يوجد بعض المبيعات المغلفة التي لابد من العلم المقصود منها بالصفة كالمسك والطيب والأطعمة فهي بحاجة إلى زيادة تأكيد لهذه الصفة عن طريق الشم والذوق، وهذا يكون بواسطة نموذج لهذه المبيعات أو عينات يتذوق منها بشرط أن لا يترتب على ذلك ضرر بالبائع، هذا في غير ما تعارف عليه الناس من شراء السلعة بالصفة دون ذوق، ومثال ذلك ما تعارف الناس عليه عند شراء زيت الزيتون قبل عصره، إن توافرت شروطه المعهودة من صفاء وخضورية وبياض كما صرح بذلك المالكية.(٩٤)

أما إذا لم يتعارف الناس على المنتج أو السلعة الجديدة، وإنما يتم عرض ذلك عبر الإعلانات المبوبة، أو عن طريق إنتاج عبوات صغيرة توزع على المستهلك للتذوق أو وضع عبوة كبيرة ليتذوق منها الناس للحكم على طعمها، مما يؤدي إلى شيوع طعمه بين الناس، ومع كل هذا قد يحدث أن يدفع المشتري مبلغاً كبيراً ثم لا يستفيد منها شيء، لأن الطعم لا يروق له.

ويوجد بعض البيوع غير المرئية في زماننا هذا، لا يمكن للمشتري رؤيتها بسبب ما غلفت به أثناء صناعتها مثل كراسي الجلوس ومقاعد صالات الاحتفالات وغيرها مما هو مستور ما بداخلها من اسفنج أو حشو لا يمكن رؤيته، ولا يعرف نوعه هل هو جيد أم رديء؟ فينتفي بذلك الوصف الحقيقي، وطريق تصحيح ذلك بأن توصف وصفاً جلياً واضحاً يطمئن إليه المشتري عن طريق عرض عينه مكشوفة كنموذج لمثل هذه البيوع لأن في بيعها من غير وصف غرر كبير وأكل لأموال الناس بالباطل.

وهنالك بعض البيوع غير المرئية تباع من غير رؤية ولا وصف والأرجح جوازها،

(٩٤) الدردير، الشرح الكبير للدردير ٣/١٧ – الأصبحي، المدونة ٤/١٥٩-١٦٠

كما ذهب إلى ذلك الحنفية حيث قالوا: إن عدم الرؤية هو السبب لثبوت الخيار سواء رآه على الصفة التي وصفت له أو على خلافها، فثبوت الخيار للمشتري ينتفي الغرر، فلا تؤدي الجهالة إلى النزاع مطلقاً ما دام للمشتري الخيار.(٩٥)

أم الدور والأراضي والبساتين، فتباع إما بالوصف فقط من غير رؤية، أو من غير وصف ويكون للمشتري الخيار بعد أن يراها.

فالفقهاء تعرضوا لحكمها بما يتناسب مع عصرهم وزمانهم فقالوا: لو اشترى داراً فرأى خارجها او بستاناً فرأى خارجه أو رؤوس الأشجار فلا خيار له، لأن الدار شيء واحد، وكذا البستان فكان رؤية البعض رؤية للكل، هذا إذا لم يكن في داخل الدار بيوت وأبنية لتحصيل المقصود برؤية الخارج، أما إذا كان فيها أبينة فله الخيار ما لم يرد داخلها، لأن الداخل هو المقصود.

هذا لأن زمان الفقهاء الدور لا تختلف في البناء وكانت على تقطيع واحد وهيئة واحدة وإنما كانت تختلف في الصغر والكبر، أما الآن فلابد من رؤية داخل الدار وذلك لاختلاف الأبنية اختلافاً فاحشاً، فرؤية الخارج لا تفيد العلم بالداخل، وخاصة مع التطور في البناء وأنواع الخامات الداخلة في الطلاء، والديكورات، وتوزيع الكهرباء، وغير ذلك مما يضيف للمبنى صفات عالية، وعليه لو بيعت مثل هذه الدور بالوصف، فلا بأس بذلك لانتقاء العلة من التحريم وهو الغرر.(٩٦)

(٩٥) البابرتي، العناية على شرح فتح القدير ٦/٣٣٤

(٩٦) الكاساني، البدائع ٥/٤٣٥، البابرتي، العناية بهامش فتح القدير ٦/٣٤٤، السرخسي، المبسوط ١٣/ ٦٦

الخاتمة

بعد هذا البسـط للبيوع غير المرئية سواء فيما يتعلق بالرؤيا المعتبرة عند الفقهاء، وآراء الفقهاء في بيعها، والبيع على البرنامج، "النموذج" وما صاحب ذلك من مقارنة بين الفقه النظري والتطبيق العملي بهذه البيوع في واقعنا المعاصر نخلص إلى ما يلي:

أولاً: اتفـق الفقهاء جميعاً علـى أن المبيع إذا كان حاضراً في مجلسـ العقد ومشاهداً للمتابعين، فالبيع صحيح إذا تحققت باقي الأمور التي يعتبرها الشارع .

ثانياً: اتفق الفقهاء على جواز بيع العين غير المرئية المستورة بأصل الخلقة، كقشر الرمان والبيض، لأن المبيع يحتاجه لصلاحه لرفع الفساد عنه.

ثالثـاً: اتفق الفقهاء على أنـه إذا كان المبيع موصوفاً في الذمة جاز بيعه متى استجمع ما اعتبره الشارع لصحة السلم.

رابعـاً: ذهب الحنفيـة إلى صحة بيع العـين الغائبة، وكذا الراجح مـن المذهب القديم للشافعي، ورواية مرجوحة عند الحنابلة، بينما ذهب المالكية، والراجح من مذهب الحنابلة ،إلـى صحة بيع العين الغائبة إذا وصف المبيع أو كان المبيع على الخيار، أو شاع أمر المبيع بـين الناس، بينما ذهب الشافعية إلى عدم صحة بيع العين غير المرئية في المذهب الجديد، والرواية الراجحة عند الحنابلة.

خامساً: القائلـون بعدم صحة مثل هذه البيوع ، استندوا في حكمهم على علة أساسية تدور مع الحكم وجوداً وعدماً، ألا وهي الغرر المفضي إلى المنازعة وكما ذكرنا فإن الفقهاء لم يتفقـوا فيما بينهم علـى تحديد ضابط معين للغـرر، فمنهم من وسع مـن دائرة الغرر كالشافعية، ومنهم من أجاز المبيع مع الغرر اليسير كالحنفية والمالكية والحنابلة.

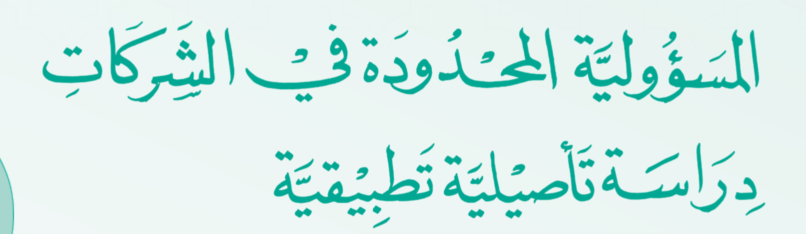
سادساً: الرؤيا قد تكون لجميع المبيع ، وقد تكون لبعضه، والضابط فيه، أن يكتفي برؤية ما يدل علـى المقصود ويفيد المعرفة كما ذهب إلى ذلك الحنفيـة والحنابلة على التفضيل الذي ذكرناه في

البحث، ومنهم من فرق بين المثلى والقيمي لإظهار حدود الرؤيا بالمعتبرة، فإن كان مثلياً فيكتفي برؤية بعض المثلى وإن كان قيمياً فلا يكتفي برؤية بعضه، بل لا بد من رؤية كل المبيع شريطة أن لا يترتب على رؤيته كله ضرر، كما ذهب إلى ذلك المالكية، بينما ذهب الشافعية إلى أن الرؤية التي يجب أن تكون شرطاً في صحة العقد هي رؤية الجملة لعدم المشقة فيها دون رؤية جميع الأجزاء.

سابعاً: اتضح من الدراسة التطبيقية للفقه النظري والواقع العملي لمثل هذه البيوع، أن هذا البيع يأتي صورة تارة موافقة للفقه النظري، وتارة مخالفة له، وذلك لاختلاف العصر والزمان.

ثامناً: من البحث يتضح رجحان القول بالبيع بالنموذج، كما ذهب إليه الحنفية، والمالكية، ومرجوح الشافعية وذلك لانضباط الصفات المعتبرة شرعاً والتي بها قد ينتفي الغرر، ولكن ليس هذا على إطلاقه فهناك من البيوع التي لا يمكن تجوزيها وهي التي يترتب على بيعها ضرر بالبائع، وكما في البيوع التي تحتاج إلى تذوق أو شم، ولا يكفي تحقق العلم بالمقصود الصفة، فتضر بالمشتري كما لو اشترى أشياء لا يمكن رؤية ما بداخلها، كالمقاعد المحشوة بالإسفنج أو بالقطن مما هو مقصود في نظر المشتري ولا يعرف نوع هذا الحشو فيكون مغروراً بهذا البيع إن كان على خلاف ما هو مقصود بعد دفع مبلغ كبير فيه.

وفي نهاية هذه البحث استطيع أن أقول: إن اختلاف الزمان والمكان كان له كبير الأثر في حكم هذه البيوع وكان ذلك واضحاً في مسائل كثيرة أفتى بها بعض الفقهاء ويعللون أن الاختلاف راجع إلى اختلاف العصر والزمان فقد قال الكاساني في البدائع، ذكر الكرخي عن أبي حنيفة عند جوابه على عادة اهل الكوفة في زمانه فقال: فإن دورهم في زمنه لا تختلف في الصغر والكبر، والعلم به يحصل برؤية الخارج، وأما الآن فلابد من رؤية داخل الدار، لاختلاف الأبنية، والدور في زماننا اختلافاً فاحشاً، فرؤية الخارج لا تفيد العلم بالداخل.. والله أعلم.



المسؤولية المحدودة في الشركات

دراسة تأصيلية تطبيقية

بحث محكم

إعداد د. مساعد بن عبدالله بن حمد الحقيل

عضو هيئة التدريس في المعهد العالي للقضاء

ملخص البحث

بين الباحث التالي:

- أن المسؤوليـة المحـدودة في الشـركات مصطلـح جـاءت بـه القوانـين والأنظمة التجاريـة المعاصرة، ويقصد به: أن تكون مسؤوليـة الشريك عن ديون الشركة مقتصـرة علـى نصيبه فيها، ولا يتحمـل الشريك في أموالـه الخاصة ما زاد من ديون الشركة عن موجوداتها.
- إثبـات المنظـم السعودي مبـدأ المسؤولية المحـدودة للشـركاء في أربع شركات هي: الشركـة المساهمة، والشركة ذات المسؤولية المحـدودة، وشركة التوصية البسيطة، وشركة التوصية بالأسهم.
- مراعـاة المنظـم السعـودي حين قـرر مبـدأ المسؤوليـة المحـدودة في الشركات المذكورة خطورة استغلال هـذا المبدأ للتلاعب بحقوق الدائنين، فوضع جملة مـن الضمانات التي تحـد من استغلال هـذا المبدأ للتغريـر بالدائنين وتضييع حقوقهم، وأورد الباحث مواد النظام المتعلقة بهذا الشأن.
- اختـلاف الفقهـاء المعاصرين في مبـدأ المسؤولية المحدودة للشـركاء عن ديون الشركـة بين من يرى صحـة المبدأ، وبين من يرى عـدم صحته، ورجح الباحث الصحة بضوابط.
- من يرى صحة المبدأ استند إلى أدلة منها: أن تحديد المسؤولية عن الديون بمقدار رأس المال في الشركـة نوع من الشـروط يشترطها الشركاء علـى المتعاملين مع

الشركة وقد علموا ورضوا بها وانتفى عنهم الغرر، والأصل في الشروط الصحة والجواز، وأن حقيقة المسؤولية المحدودة هي إبراء من دين مجهول لم يتبين قدره، والإبراء إسقاط تحتمل فيه الجهالة والغرر، وتخريجاً على المسؤولية المحدودة للسيد عن ديون عبده الذي أذن له بالتجارة، ولما يحققه إعمال هذا المبدأ من تشجيع على استثمار الأموال في الشركات التي تعود بنفعها الاقتصادي على الفرد والمجتمع.

- من يرى عدم صحة المبدأ استند إلى أدلة منها: أن مبدأ المسؤولية المحدودة لم يعرفه الفقهاء، بل يخالف ما اتفقوا عليه من كون الديون تتعلق بذمة الشخص لا بماله، وأن مبدأ المسؤولية المحدودة مخالف لمقتضى عقد الشركة في الشريعة الإسلامية، وهو أن يتحمل الشريك ما يحصل للشركة من خسائر بقدر حصته في رأس المال، وأن الأخذ بمبدأ المسؤولية المحدودة يعطي الذريعة للشركاء أو إدارة الشركة إلى التغرير بالأطراف المتعاملين معهم.
- عدداً من التطبيقات القضائية للمسؤولية المحدودة في الشركات.

الحمـد لله حمداً كثيراً طيباً مباركاً فيـه، حمداً يليق بجلاله وكمالـه وعظيم أفضاله، والصلاة والسلام على خير خلق الله نبينا محمد وعلى آله وصحبه وسلم تسليماً كثيراً،
أما بعد:

فإن مـن أوجه كمال الشريعـة الإسلامية شمـول عنايتها جميع مصالـح العباد في العاجل والآجل، ومن ذلك حثها على استثمار المال وتنميته بالطرق المشروعة التي تعود بنفعها على الفرد والمجتمع، "فما يُظن بشريعة جاءت لحفظ نظام الأمة وتقوية شوكتها وعزتها إلا أن يكون لـثروة الأمة في نظرها المكان السامي من الاعتبار والاهتمام، وإذا استقْرَينـا أدلة الشريعة من القرآن والسنة الدالة على العناية بمال الأمة وثروتها والمشيرة إلـى أن به قوام أعمالهـا وقضاء نوائبها نجد من ذلك أدلة كثـيرة تفيدنا كثرتها يقيناً بأن للمال في نظر الشريعة حظاً لا يستهان به"[(١)].

والشـركات في عصرنـا الحاضر قد غـدت أساس الاستثمارات الماليـة والتي تقوم من خلالها المشاريع التجارية والصناعيـة والزراعية والخدمية الكبرى، وصارت الملاذ الذي تستثمر فيه معظم رؤوس الأموال. ومن هنا تتضح الأهمية البالغة لدراسة مسائل الشركات الحديثـة وتأصيل نوازلها، وعرض مسائلها وصورهـا التي صاغتها الأنظمة التجاريـة المعاصرة على ميـزان الوحي المطهر، فيقبـل منها ما وافـق أصول الشريعة

(١) مقاصد الشريعة الإسلامية لابن عاشور (ص ٤٥٠).

وقواعدها، ويُرد ما خالف الشريعة الكاملة التامة، شريعة الرحمة والهدى التي ارتضاها لنا رب العباد وضمّنها ما يصلح ديننا ودنيانا.

وإن من أهم النوازل في الشركات الحديثة: المسؤولية المحدودة للشركاء عن ديون الشركة، والتي أقرتها الأنظمة التجارية في عددٍ من الشركات، كما سيأتي بيانه وتفصيله.

وهذا المبدأ بحاجة إلى تأصيل يبين صورته وحدوده في النظام، ويرده إلى الأصول الفقهية التي يمكن تخريجه عليها للوصول إلى حكمه الشرعي.

لذا فقد استعنت بالله تعالى على كتابة هذا البحث الموجز، والذي اشتمل على دراسة تأصيلية للمسؤولية المحدودة في الشركات، ثم أتبعتها بدراسة تطبيقية أوردت فيها نماذج مختارة من الأحكام القضائية الصادرة من محاكم المملكة العربية السعودية.

وأسأل الله بمنه وكرمه أن يهدي قلبي ويلهمني رشدي، وأن يجعل عملي هذا خالصاً لوجهه الكريم، ونافعاً لعباده، والحمد لله رب العالمين.

المبحث الأول

التعريف بالمسؤولية المحدودة في الشركات

وفيه مطلبان:

المطلب الأول: تعريفها باعتبارها مركباً

يحسن قبل تعريف مصطلح المسؤولية المحدودة في الشركات باعتباره لقباً، تعريف مفرداته التي يتركب منها وهي: المسؤولية، والمحدودة، والشركات.

أولاً: المسؤولية:

المسؤولية حال أو صفة من يُسأل عن أمر تقع عليه تبعته، وهي مصدر صناعي، أصلها اسم المفعول (مسؤول) أدخلت عليه ياء النسبة وتاء التأنيث[٢].

والسؤال في اللغة له عدة معانٍ[٣]، منها:

١-الطلب والاستعطاء، يقال: سألته الشيء، أي: استعطيته إياه.

٢-الاستخبار واستدعاء المعرفة، وقد يرد ذلك على سبيل التوبيخ والتقرير والمؤاخذة.

ولفظ المسؤولية من الألفاظ المحدثة، التي لم يشتهر استعمالها عند الفقهاء المتقدمين[٤]، وإنما هو اصطلاح معاصر درج استعماله عند المعاصرين.

---

(٢) ينظر: المعجم الوسيط (٤١١/١).

(٣) ينظر: مفردات ألفاظ القرآن (ص٤٣٧) مادة (سول)، المصباح المنير (ص٢٤٤) مادة (سول)، لسان العرب (١٩٠٧/٢٢) مادة (سأل)، تاج العروس (١٥٧/٢٩) مادة (سأل).

(٤) ولم أقف بعد البحث عن لفظ المسؤولية عند الفقهاء المتقدمين إلا على قول ابن حجر الهيتمي الشافعي في تحفة المحتاج (٤١٤/٧): ((...ويوجه القطع بالإشاعة هنا بأن يد المسؤولية على الزائد المنبهم لا يمكن تخصيصها ببعضه؛ لعدم المرجح، إذ لا مقتضى للضمان أو الأمانة قبلها حتى يحال الأمر عليه)).

والمراد بالمسؤولية في اصطلاح المعاصرين: التبعة التي تقع على أحد بسببٍ ما(٥).

ولفقهـاء الشريعة عدة ألفاظ مستعملة في التعبير عن هذا المعنى للمسؤولية، ومن ذلك: لفظ (الغرم)، بمعنى: ما يلزم أداؤه(٦).

ولفـظ (الضمان)، وله عدة استعمـالات عند الفقهاء يعبر بعضهـا عن المعنى المراد بالمسؤولية، ومن ذلك:

١-إطلاق فقهاء المالكية(٧) والشافعية(٨) والحنابلة(٩) لفظ الضمان على الكفالة، بمعنى ضم ذمة الضامن إلى ذمة المضمون عنه في التزام الحق.

٢-ويستعمل الفقهـاء لفظ الضمان بمعنى غرامة الإنسان ما باشره أو تسبب فيه من الإتلافات والغصوب والعيوب والتغيرات الطارئة(١٠).

٣-ويستعمل الفقهاء لفظ الضمان بمعنى الالتزام بالقيام بعمل(١١).

(٥) ينظر: مسؤولية الشريك في الشركة للماجد (ص٥٣)، مسؤولية المرء عن الضرر الناتج من تقصيره للمرزوقي (ص٢٠). وهذا التعريف هو أدق ما وقفت عليه في تعريف المسؤولية. وللمعاصرين تعريفات كثيرة للمسؤولية لا تخلو من مناقشة واعتراض لكونها أعم أو أخص من المراد باللفظ المعرف. ولا يتسع هذا البحث الموجز لبسط هذه التعريفات ومناقشتها.

(٦) ينظر: المبسوط (٣٤/٢٠)، فتح القدير (١٦٥/٧)، المدونة (٥٥١/١)، المنتقى شرح الموطأ (٢٤٠/٥)، الأم (٢٦٤/٦)، مغني المحتاج (٢١١/٣)، الفروع (٦١٧/٢)، شرح منتهى الإرادات (٣٠١/٢). وللغرم معنى آخر عند الفقهاء وهو الهلاك والخسارة.

(٧) ينظر: التاج والإكليل (٣٠/٧)، مواهب الجليل (٩٦/٥).

(٨) ينظر: أسنى المطالب (٢٣٥/٢)، تحفة المحتاج (٢٤٠/٥).

(٩) ينظر: الفروع (٢٣٦/٤)، كشاف القناع (٣٦٢/٣). والحنابلة يخصون لفظ الكفالة بالتزام إحضار بدن المدين، مع موافقتهم للمالكية والشافعية في إطلاق لفظ الضمان على الكفالة بالمعنى المذكور. ينظر: مطالب أولي النهى (٣١٣/٣)، كشاف القناع (٣٧٥/٣).

(١٠) ينظر: بدائع الصنائع (٢٠٨/٦)، تبيين الحقائق (٢٣٦/٥)، المدونة (١٧٠/٤)، التاج والإكليل (٣٢٥/٧)، الأم (٢٥٢/٣)، أسنى المطالب (٣٥٦/٢)، شرح منتهى الإرادات (٣١٠/٢)، كشاف القناع (٩٨/٤)، المحلى (٩١/٦)، الموسوعة الفقهية (٢١٩/٢٨).

(١١) ينظر: بدائع الصنائع (٦٢/٦)، مجمع الأنهر (٧٢٧/١)، كشاف القناع (٣٤/٤)، مطالب أولي النهى (٥٤٦/٣)، معجم المصطلحات المالية والاقتصادية في لغة الفقهاء (ص٢٩٢).

٤-ويستعملون لفظ الضمان بمعنى تحمل تبعة الهلاك والتعيّب[(١٢)].

-ومن الألفاظ التي استعملها بعض الفقهاء في التعبير عن هذا المعنى للمسؤولية لفظ (المأخوذية). وقد استعمله الإمام الشافعي رحمه الله فقال: "...والوجه الثاني الذي يسقط فيه العقل أن يأمر الرجل به الداء الطبيب أن يبط جرحه، أو الأكلة أن يقطع عضواً يخاف مشيها إليه، أو يفجر له عرقاً، أو الحجام أن يحجمه أو الكاوي أن يكويه، أو يأمر أبو الصبي أو سيد المملوك الحجام أن يختنه فيموت من شيء من هذا ولم يتعد المأمور ما أمره به، فلا عقل ولا مأخوذية إن حسنت نيته إن شاء الله تعالى"[(١٣)]. ولم أقف على من استعمل هذا المصطلح بعد الشافعي رحمه الله رغم إمامته في الفقه واللغة.

ثانياً: المحدودة:

المحدودة: اسم مفعول من الحد، أضيفت إليه تاء التأنيث.

جاء في مقاييس اللغة: "الحاء والدال أصلان: الأول المنع، والثاني طرف الشيء. فالحد: الحاجز بين الشيئين، وفلان محدود: إذا كان ممنوعاً"[(١٤)].

وبهذا يتبين أن وصف المسؤولية بأنها محدودة إنما يقصد به المنع من تجاوزها قدراً معيناً، على ما سيأتي بيانه في التعريف اللقبي.

ثالثاً: الشركات:

الشركات: جمع شركة، والشركة في اللغة: هي خلط الملكين[(١٥)]، ومنه قوله

---

(١٢) ينظر: المبسوط (٩/١٣)، الكافي في فقه أهل المدينة (ص٣٦٧)، الحاوي الكبير (٢٢١/٥)، المبدع (١٣/٤)، الكاشف عن حقائق السنن (٨٣/٦)، البدر التمام (١٤٩/٣)، مرقاة المفاتيح (٧٩/٦)، تحفة الأحوذي (٤٣١/٤).

(١٣) الأم (١٩٠/٦).

(١٤) (٣/٢) مادة (حد). وينظر: مفردات ألفاظ القرآن (ص٢٢١) مادة (حد).

(١٥) ينظر: مفردات ألفاظ القرآن (ص٤٥١) مادة (شرك).

تعالى: ﴿وَإِنَّ كَثِيرًا مِّنَ الْخُلَطَاءِ لَيَبْغِي بَعْضُهُمْ عَلَىٰ بَعْضٍ إِلَّا الَّذِينَ آمَنُوا وَعَمِلُوا الصَّالِحَاتِ وَقَلِيلٌ مَّا هُمْ﴾[١٦]، والخلطاء هم الشركاء[١٧].

والشركة في اصطلاح الفقهاء: هي الاجتماع في استحقاق أو تصرف. وتنقسم إلى قسمين: القسم الأول: شركة الملك، وهي الاجتماع في الاستحقاق بسبب من أسباب التملك كالإرث والوصية والهبة وغيرها دون أن يكون للشريك حق التصرف في نصيب شريكه، فيكون الشريك أجنبياً في نصيب شريكه. القسم الثاني: شركة العقد، وهي التي تتضمن وكالة بالتصرف، وهي المقصودة هنا[١٨].

وقد عرف الفقهاء شركة العقد بتعريفات متعددة، ومن ذلك تعريفها بأنها: "عقد بين المتشاركين في الأصل والربح"[١٩].

وجاء تعريف الشركة في النظام في المادة الأولى من نظام الشركات السعودي بأنها: "عقد يلتزم بمقتضاه شخصان أو أكثر بأن يساهم كل منهم في مشروع يستهدف الربح بتقديم حصة من مال أو عمل، لاقتسام ما قد ينشأ عن هذا المشروع من ربح أو خسارة".

المطلب الثاني: تعريفها باعتبارها لقباً

المسؤولية المحدودة في الشركات مصطلح جاءت به القوانين والأنظمة التجارية المعاصرة، ويقصد به: أن تكون مسؤولية الشريك عن ديون الشركة مقتصرة على نصيبه

(١٦) سورة ص، الآية ٢٤.

(١٧) ينظر: جامع البيان (٢٠/٦٢).

(١٨) ينظر: تبيين الحقائق (٣/٣١٣)، شرح الخرشي (٦/٣٨)، تحفة المحتاج (٥/٢٨١)، المغني (٧/١٠٩).

(١٩) الجوهرة النيرة (١/٢٨٥). وينظر: الشرح الكبير للدردير (٣/٣٤٨)، الغرر البهية (٣/١٦٦)، شرح الزركشي (٤/١٢٤).

فيهــا، ولا يتحمل الشريك في أموالــه الخاصة ما زاد من ديون الشركة عن موجوداتها، وينبني على ذلك أن إفلاس الشركة لا يتبعه إفلاس الشريك[٢٠].

المبحث الثاني
المسؤولية المحدودة في نظام الشركات السعودي

جــاء نظام الشركات السعودي[٢١] مثبتاً لمبــدأ المسؤولية المحدودة للشركاء في أربع من الشركات الواردة فيه، وهي الشركات الآتية:

أولاً: الشركة المساهمة:

قرر النظــام أن مسؤولية الشركاء عن ديون الشركة في الشركة المساهمة لا تتجاوز قدر أسهمهم فيها، ولا يطالبون بما تجاوز ذلك القدر من الديون، ولو كانوا قادرين على الوفاء بها من أموالهم الخاصة.

جاء في المادة (٤٨): "ينقسم رأس مــال الشركة المساهمة الى أسهم متساوية القيمة وقابلة للتداول، ولا يُسأل الشركاء فيها إلا بقدر قيمة أسهمهم".

وجاء تأكيد هذا المبدأ أيضاً في المادة (١١١) إذ نصت على أنه: "لا يجوز للشركة أن تطالــب المساهم بدفع مبالغ تزيد علــى مقدار ما التزم به عند إصدار السهم، ولو نص نظام الشركة على غير ذلك".

ثانياً: الشركة ذات المسؤولية المحدودة:

وقــد قرر النظــام في مسؤولية الشــركاء في الشركة ذات المسؤوليــة المحدودة عن

---

(٢٠) ينظر: القانون التجاري السعودي للجبر (ص٢٢٥)، القانون التجاري للغامدي وحسيني (ص٢٣٦)، القانون التجاري للشريف والقرشي (ص٢٢٤).

(٢١) ينظر: نظام الشركات السعودي الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/٦) بتاريخ ١٣٨٥/٣/٢٢هـ، وما لحقه من تعديلات.

ديونهــا مثل ما قرره في الشركة المساهمة، وهو عدم تجاوز مسؤولية الشركاء عن ديون الشركة قدر أموالهم فيها.

ولأهمية هذه الخاصيــة في تلك الشركة، فقد سميت هذه الشركــة باسم المسؤولية المحدودة؛ لبيان عــدم تحمل الشركاء مسؤولية الديون التي تتجاوز قدر حصصهم في الشركة.

جــاء في المادة (١٥٧): "الشركة ذات المسؤوليــة المحدودة: هي الشركة التي تتكون من شريكين أو أكثر مسؤولين عن ديون الشركة بقدر حصصهم في رأس المال".

ثالثاً: شركة التوصية البسيطة:

وقد قرر النظام في هذه الشركة أن تكون مسؤولية بعض الشركاء عن ديون الشركة مسؤولية مطلقة تتجاوز قدر أموالهم في الشركة إلى جميع أموالهم، وتكون مسؤولية الفريق الثاني مــن الشركاء مسؤولية محدودة بقدر أموالهــم في الشركة، ولا تتجاوز مطالبتهم إلى سائر أموالهم الخاصة والتي لا تدخل ضمن أموال الشركة.

جــاء في المادة (٣٦): "تتكون شركة التوصية البسيطة من فريقين من الشركاء: فريق يضــم على الأقل شريكاً متضامناً مسؤولاً في جميــع أمواله عن ديون الشركة، وفريق آخــر يضم على الأقل شريكاً موصياً مسؤولاً عن ديــون الشركة بقدر حصته في رأس المال".

رابعاً: شركة التوصية بالأسهم:

وهــذه الشركة تشبه شركة التوصية البسيطة في تفــاوت مسؤولية الشركاء فيها بين مسؤولية محدودة لفريق من الشركاء ومسؤولية مطلقة للفريق الآخر.

جاء في المادة (١٤٩): "شركة التوصية بالأسهم: هي الشركة التي تتكون من فريقين:

فريق يضم على الأقل شريكاً متضامناً مسؤولاً في جميع أمواله عن ديون الشركة، وفريق آخر يضم شركاء مساهمين لا يقل عددهم عن أربعة، ولا يُسألون عن ديون الشركة إلا بقدر حصصهم في رأس المال".

والمنظم حين قرر مبدأ المسؤولية المحدودة في الشركات المذكورة تشجيعاً لقيامها وترغيباً في الإقبال عليها، راعى خطورة استغلال هذا المبدأ للتلاعب بحقوق الدائنين، فوضع جملة من الضمانات التي تحد من استغلال هذا المبدأ للتغرير بالدائنين وتضييع حقوقهم، ومن الأمثلة على تلك الضمانات ما يلي:

أولاً: وجوب بيان أن مسؤولية الشركاء عن ديون تلك الشركات مسؤولية محدودة، وبيان مقدار رأس مال الشركة، ومقدار المدفوع منه في جميع العقود والمخالصات والإعلانات وغيرها من الأوراق التي تصدر عن الشركة، ليكون المتعاملون مع الشركة على بينة من أمرهم فيما يتعلق بحال ديونهم عند إفلاس الشركة.

جاء في المادة (١٢): "جميع العقود والمخالصات والإعلانات وغيرها من الأوراق التي تصدر عن الشركة يجب أن تحمل اسمها وبياناً عن نوعها ومركزها الرئيسي. ويضاف إلى هذه البيانات -في غير شركة التضامن وشركة التوصية البسيطة- بيان عن مقدار رأس مال الشركة ومقدار المدفوع منه. وإذا انقضت الشركة وجب أن يذكر في الأوراق التي تصدر عنها أنها تحت التصفية".

ثانياً: عدم جواز تخفيض رأس مال تلك الشركات إلا على وجه يتم به حفظ حقوق الدائنين، إذ نصت المادة (١٤٢) على أنه: "للجمعية العامة غير العادية -في شركة المساهمة- أن تقرر تخفيض رأس المال إذا زاد عن حاجة الشركة، أو إذا منيت الشركة بخسائر. ويجوز في الحالة الأخيرة وحدها تخفيض رأس المال الى ما دون

الحد المنصوص عليه في المادة (٤٩). ولا يصدر قرار التخفيض إلا بعد تلاوة تقرير مراقب الحسابات عن الأسباب الموجبة له وعن الالتزامات التي على الشركة وعن أثر التخفيض في هذه الالتزامات".

وجاء في المادة (١٤٣): "إذا كان تخفيض رأس المال نتيجة زيادة رأس المال عن حاجة الشركة، وجبت دعوة الدائنين الى إبداء اعتراضاتهم عليه في خلال ستين يوماً من تاريخ نشر قرار التخفيض في جريدة يومية توزع في المركز الرئيسي للشركة، فإذا اعترض أحد منهم وقدم إلى الشركة مستنداته في الميعاد المذكور وجب على الشركة أن تؤدي إليه دينه إذا كان حالاً أو أن تقدم ضماناً كافياً للوفاء به اذا كان آجلاً".

ثالثاً: إلزام تلك الشركات بأن يجنب مجلس الإدارة فيها كل سنة ١٠٪ من الأرباح الصافية لتكوين احتياطي يسمى الاحتياطي النظامي، كما نصت على ذلك المادتان (١٢٥) و(١٧٦). ومن مقاصد ذلك حفظ حقوق الدائنين.

رابعاً: تقييد المسؤولية المحدودة بعدم التعدي أو التفريط في إدارة الشركة، وتضمين المتعدي والمفرط بمسؤولية مطلقة عن ديون الشركة.

وقد صرحت بهذا القيد عدد من مواد النظام، ومن ذلك: ما جاء في المادة (٧٦): "يسأل أعضاء مجلس الإدارة بالتضامن عن تعويض الشركة أو المساهمين أو الغير عن الضرر الذي ينشأ عن إساءتهم تدبير شؤون الشركة أو مخالفتهم أحكام هذا النظام أو نصوص نظام الشركة، وكل شرط يقضي بغير ذلك يعتبر كأن لم يكن...".

وجاء في المادة ١٦٨: "...ويُسأل المديرون بالتضامن عن تعويض الضرر الذي يصيب الشركة أو الشركاء أو الغير بسبب مخالفة أحكام هذا النظام أو نصوص عقد الشركة أو بسبب ما يصدر منهم من أخطاء في أداء عملهم وكل شرط يقضي بغير ذلك

يعتبر كأن لم يكن".

وجاء في المادة (٣٨): "لا يجوز للشريك الموصي التدخل في أعمال الإدارة الخارجية ولو بناء على توكيل، وإنما يجوز له الاشتراك في أعمال الإدارة الداخلية في الحدود التي ينص عليها عقد الشركة ولا يرتب هذا الاشتراك أي التزام في ذمته، وإذا خالف الشريك الحظر المشار إليه كان مسؤولاً بالتضامن في جميع أمواله عن الديون التي تترتب على ما أجراه من أعمال الإدارة، وإذا كانت الأعمال التي قام بها الشريك الموصي من شأنها أن تدعو الغير الى الاعتقاد بأنه شريك متضامن اعتبر الشريك الموصي مسؤولاً بالتضامن في جميع أمواله عن ديون الشركة".

خامساً: وجوب النظر وتقدير الأصلح من استمرار الشركة أو حلّها إذا بلغت خسائرها ثلاثة أرباع رأس المال، حفظاً لحقوق الدائنين في الموجودات المتبقية من رأس مال الشركة.

جاء في المادة(١٤٨): "إذا بلغت خسائر شركة المساهمة ثلاثة أرباع رأس المال، وجب على أعضاء مجلس الإدارة دعوة الجمعية العامة غير العادية للنظر في استمرار الشركة أو حلها قبل الأجل المعين في نظامها، وينشر القرار في جميع الأحوال بالطرق المنصوص عليها في المادة (٦٥). واذا أهمل أعضاء مجلس الإدارة دعوة الجمعية العامة غير العادية أو إذا تعذر على هذه الجمعية إصدار قرار في الموضوع، جاز لكل ذي مصلحة أن يطلب حل الشركة".

وجاء في المادة (١٨٠): "إذا إذا بلغت خسائر الشركة ذات المسؤولية المحدودة ثلاثة أرباع رأس المال" - أرجو مراجعة ذلك مع كاتب البحث لإجراء التعديل على هذه المادة، فقد صدر قرار مجلس الوزراء رقم ٢٢١ في تاريخ ٠٢ / ٠٧ / ١٤٢٨هـ - بتعديل

صدر هذه المادة إلى:

"إذا بلغت خسائر الشركّة ذات المسؤوليّة المحدودّة خمسين في المائة من رأس مالها".

وجب على المديرين دعوة الشركاء للاجتماع للنظر في استمرار الشركة أو في حلّها قبل الأجل المعين في عقدها...وإذا أهمل المديرون دعوة الشركاء أو تعذر على الشركاء الوصول إلى قرار في الموضوع جاز لكل ذي مصلحة أن يطلب حل الشركة)).

المبحث الثالث

التأصيل الفقهي للمسؤولية المحدودة في الشركات

يعد مبدأ المسؤولية المحدودة في الشركات من النوازل المستجدة في هذا الزمان، إذ لا يجد الناظر والباحث هذا اللفظ ولا المعنى فيما سطره فقهاؤنا الأجلاء في فقه الشركات المسماة عندهم كالعنان والمفاوضة والوجوه والمضاربة وغيرها، بل نجد الفقهاء رحمهم الله لا يفرقون فيما يثبت في ذمة الشريك من ديون الشركة بين أمواله التي هي ضمن الشركة محل الدين، وأمواله الخاصة التي ليست ضمن الشركة، بل يجعلون حق الدائنين متعلقاً بذمة الشريك تعلقاً مطلقاً، ويكون مطالباً بوفائه وملزماً بسداده من جميع أمواله[٢٢].

(٢٢) والواجب في ذمة الشريك من دين الشركة يكون بقدر حصته في رأس مالها، فلو كان نصيب أحد الشريكين من رأس مال الشركة الثلث ونصيب الآخر الثلثين، فيجب على الأول ثلث الدين الواجب على الشركة ويجب على الآخر ثلثا الدين. جاء في المدونة (٦٠٨/٣): « ... قلت : فإن ذهب رأس المال خسارة، أو ركبهما ثلاثة آلاف دينار من تجارتهما بعد وضيعتهما رأس المال كله، كيف تكون هذه الوضيعة عليهما؟... قال: أرى الدين الذي لحقهما من تجارتهما يكون عليهما على قدر رؤوس أموالهما، فيكون على صاحب الألف ثلث هذا الدين ويكون على الذي كان رأس ماله ألفين ثلثا هذا الدين؛ لأن الشركة إنما وقعت بينهما بالمال ليس بالأبدان، فما لحقهما من دين فضل على المال الذي به وقعت الشركة بينهما وهو رأس أموالهما، فيكون على الذي رأس ماله ألف من الدين الذي لحق الثلث، وعلى الذي رأس ماله ألفان الثلثان». وينظر: المبسوط (١٥٨/١١)، بدائع الصنائع (٧٣/٦)، الشرح الصغير (٤٦٨/٣)، أسنى المطالب (٢٥٨/٢)، مغني المحتاج (٢٢٨/٣)، الفروع (٤٠٣/٤)، شرح منتهى الإرادات (٢٢٩/٢).

ويذكر المؤرخون الاقتصاديون أن جذور فكرة المسؤولية المحدودة في الشركات والمتقررة في غالب الأنظمة والقوانين التجارية المعاصرة تعود في الأصل إلى أحكام الرقيق - والتي نظمتها الشريعة الإسلامية بأرقى وأجل وأكمل صور التنظيم - حيث اعتاد التجار قديماً على ترتيب بين السيد والعبد يقوم السيد فيه بتمكين العبد من مبلغ من المال يتجر به، ويصير العبد مالكاً للمال فيبيع ويشتري ويدين ويستدين، مع بقاء ملكية العبد للسيد، إلا أن دائني العبد ليس لهم الرجوع على سائر أموال السيد غير هذا العبد، بل يرجعون إلى ما في يد العبد من أموال، فإن لم يكن ذلك كافياً في سداد الدين، تعلق الدين برقبته وصار من حق الدائنين بيع العبد واسترداد ديونهم من ثمنه، وليس لهم إلا ذلك. ولما انقطع الرق في غالب بلدان العالم اليوم لجأ التجار إلى ترتيب قانوني يحقق الحماية لأموالهم حتى يقدموا على التجارة والاستثمار مع الأمن من اجتياح الديون الناشئة عن هذا الاستثمار لأموالهم الأخرى، فتولدت فكرة الشخصية الاعتبارية للشركات والتي يترتب عليها استقلال ذمة الشركة عن ذمة الشركاء فيها، ومحدودية مسؤولية الشركاء عن ديون الشركة بقدر ما يملكونه فيها(٢٣).

وهذا المعنى للمسؤولية المحدودة ورد عند فقهائنا الأجلاء في أحكام العبد المأذون له بالتجارة -كما سيأتي بيانه- إلا أنهم لم يقرروه في الشركات، وهذا وجه اعتبار المسؤولية المحدودة في الشركات من النوازل الفقهية المستجدة في هذا الزمان.

ومن ثم اختلفت كلمة الفقهاء والباحثين في هذا العصر في صحة مبدأ المسؤولية المحدودة للشركاء عن ديون الشركة نظراً للاختلاف فيما يمكن أن يخرج عليه ويلحق به من الأصول الشرعية، ولهم في ذلك قولان:

---

(٢٣) ينظر: أثر الاختلاف بين الشخصية الطبيعية والاعتبارية للقري (ص١٠). وقد حكى اتفاق المؤرخين الاقتصاديين على هذا، وسرد قائمة من أبحاث المؤرخين الاقتصاديين الغربيين التي تؤكد ذلك.

القول الأول: صحة مبدأ المسؤولية المحدودة في الشركات[٢٤].

واستدلوا بما يلي:

الدليل الأول:

أن تحديد المسؤولية عن الديون بمقدار رأس المال في الشركة نوع من الشروط يشترطها الشركاء على المتعاملين مع الشركة وقد علموا ورضوا بها وانتفى عنهم الغرر، والأصل في الشروط الصحة والجواز[٢٥].

الدليل الثاني:

أن حقيقة المسؤولية المحدودة هي إبراء من دين مجهول لم يتبين قدره[(٢٦)].

وقد ذهب جمهور الفقهاء من الحنفية، والمالكية، وهو القديم من قولي الشافعي، وهو قول الحنابلة إلى صحة الإبراء من الدين المجهول؛ لأنه إسقاط فاغتفرت فيه الجهالة.

جاء في المبسوط: "...فهذا دليل جواز الصلح عن الحقوق المجهولة والمعنى فيه أن هذا إسقاط حق لا يحتاج فيه إلى التسليم فيصح في المجهول كالطلاق والعتاق، وتأثيره أن نفس الجهالة لا تمنع صحة الالتزام ولكن جهالة تفضي إلى تمكن المنازعة، ألا ترى أن التمليكين يصح في هذا وهذا أضيق من الإسقاطات، ثم الجهالة التي لا تفضي إلى المنازعة لا تمنع صحة التمليك كجهالة القفيز من الصبرة فلأن لا يمنع صحة الإسقاط أولى، فالسقوط يكون متلاشياً لا يحتاج فيه إلى التسليم والجهالة التي لا

(٢٤) ينظر: قرار مجمع الفقه الإسلامي الدولي التابع لمنظمة المؤتمر الإسلامي رقم (٦٣/١/٧)، المعايير الشرعية (ص١٦٨)، الشركات للخفيف (ص١٢٧)، الشركات للخياط (٢/٢١٨)، الفقه الإسلامي وأدلته للزحيلي (٤/٨٨٢).

(٢٥) ينظر: قرار مجمع الفقه الإسلامي الدولي التابع لمنظمة المؤتمر الإسلامي رقم (٦٣/١/٧)، مسؤولية الشريك في الشركة للماجد (ص٢٥٣).

(٢٦) ينظر: الخدمات الاستثمارية في المصارف للشبيلي (١/٢٢٧).

تفضي إلى المنازعة أولى"[٢٧].

وجاء في شرح الخرشي: "... وكذلك يجوز له أن يوكل من يبرئ من له عليه حق منه سواء علموا قدر الحق المبرأ منه أولا، وإليه أشار بقوله: وإن جهله الثلاثة، أي: الوكيل والموكل ومن عليه الحق؛ لأنها هبة مجهولة وهي جائزة"[٢٨].

وجاء في مغني المحتاج "والإبراء من الدين المجهول جنساً أو قدراً أو صفة... القديم أنه صحيح؛ لأنه إسقاط محض كالإعتاق، ومأخذ القولين أنه تمليك أو إسقاط"[٢٩].

وجاء في كشاف القناع: "...ويصح الإبراء من المجهول ولو لم يتعذر علمه؛ لأنه إسقاط حق فينفذ مع العلم والجهل كالعتق والطلاق"[٣٠].

وخالف في ذلك الشافعي في الجديد من قوليه، فذهب إلى بطلان الإبراء من الدين المجهول؛ لما فيه من الغرر.

جاء في البيان للعمراني: "ولا يصح الإبراء من دين مجهول؛ لأنه إزالة ملك، فلم يصح مع الجهل به، كالهبة"[٣١].

والراجح والله أعلم ما ذهب إليه الجمهور؛ لأن النهي عن الغرر إنما جاء سداً لأبواب النزاع والخصومات، والإبراء من الديون فيه معنى التبرع، والجهالة فيه لا تفضي إلى شيء من النزاع والخصومة بل إنه يدرأها، فانتفت عنه علة النهي عن بيع الغرر[٣٢].

ونوقش تخريج المسؤولية المحدودة على الإبراء من الدين المجهول:

---

(٢٧) (٩٢/١٣). وينظر: العناية شرح الهداية (٣٩٧/٦)، مجمع الأنهر (٥٢/٢).

(٢٨) (٦٩/٦). وينظر: المقدمات الممهدات (٤١٢/٢)، الشرح الكبير للدردير (٣٧٨/٣).

(٢٩) (٢٠٦/٣). وينظر: نهاية المحتاج (٤٤٢/٤).

(٣٠) (٣٠٤/٤). وينظر: الفروع (١٩٣/٤)، شرح منتهى الإرادات (١٤٢/٢).

(٣١) (١٤٣/٨). وينظر: مغني المحتاج(٢٠٦/٣)، نهاية المحتاج (٤٤٢/٤).

(٣٢) ينظر: المقدمات الممهدات (٤١٢/٢)، مجموع فتاوى ابن تيمية (٢٧٠/٣٠).

بـأن الإبراء من الدين المجهول لم يكن بمحض اختيار مــن الدائنين، إذ يلزم النظام بذلـك ولا مندوحة عن هذا الإبراء، فلا يصح تخريــج المسؤولية المحدودة ذات البعد النظامي الإلزامي على جواز الإبراء من الدين المجهول[٣٣].

ويجاب:

بــأن رضا الدائنين عن هذا الإبراء متحقق بعلمهــم بمحدودية مسؤولية الشركاء عن ديونهم قبل التعامل مع تلك الشركات، والنظام وإن كان يلزم بهذه الصفة من مسؤولية الشــركاء عن ديون تلك الشركات، لكنه لا يلزم أحداً بالتعامل مع تلك الشركات، بل قــرر جواز إنشــاء أنواع أخرى من الشركات تكون مسؤوليــة الشركاء فيها مطلقة في جميع أموالهــم كالشركة التضامنية وغيرها، إضافة إلى أن بعض دائني الشركات التي تكــون مسؤولية الشــركاء فيها محدودة حين لا يرضون بهذا الإبــراء فإنهم يشترطون ضماناً شخصياً من الشــركاء لديونهم. وهذا يدل على أن دائني الشركات التي تكون مسؤولية الشــركاء فيها محدودة حين إقدامهم على التعامــل مع تلك الشركات –مع علمهــم بمحدودية مسؤوليــة الشركاء وعدم طلبهم ضمانــاً شخصياً من الشركاء– قد رضوا بهذا الإبراء رضاً حقيقياً معتبراً.

الدليل الثالث:

تخريــج المسؤولية المحدودة للشركاء عــن ديون الشركة علــى المسؤولية المحدودة للسيد عن ديون عبده الذي أذن له بالتجارة[٣٤].

وهــذا التخريج مبنــي على ما ذهب إليــه جمهور الفقهــاء من الحنفيــة، والمالكية،

(٣٣) ينظر: مذكرة في الشركات المعاصرة للقاسم (ص٧٢).

(٣٤) ينظر: أثـر الاختـلاف بـين الشخصية الطبيعيـة والشخصية الاعتباريـة للقري (ص ١٨)، الشخصية الاعتبارية التجارية للغامدي (ص١٥٣).

والشافعيـة، وهي رواية عن الإمام أحمد أن السيـد إذا أذن للعبد بالتجارة فإن الديون التي تلحق العبد تكون في ذمة العبد أو رقبته –على خلاف- ولا تكون في ذمة السيد مع ملكيته لهذا العبد وما يتبعه من مال.

جاء في الجوهرة النيرة: "وديونه متعلقة برقبته يباع فيها للغرماء إلا أن يفديه المولى، والمـراد دين التجارة أو ما في معناها ... أما الدين الثابت بغير ذلك كالمهر والجناية فهو متعلـق بذمته يستوفى منه بعد الحرية ولا يتعلق برقبته... ويقسم ثمنه بينهم بالحصص سـواء ثبت الدين بإقـرار العبد أو البينة فـإن بقي لهم دين لا يطالـب به المولى ولكن يتبعـون به العبد بعد العتق، وهذا إذا باعه القاضـي أما إذا باعه المولى بغير إذنهم فلهم حـق الفسخ، إلا إذا كان في الثمن وفـاء بديونهم أو قضى المولى دينهم أو أبرأوا العبد مـن الدين فإنه يبطل حق الفسخ...وللغرمـاء استسعاء العبد، فلهم أن يفسخوا البيع ويستسعوه في دينهم"(٣٥).

وجـاء في المدونة: "قلت: أرأيت إن كان مـع العبد مال للسيد، قد دفعه إليه يتجر به وأذن له في التجارة فلحق العبد دين، أيكون الدين الذي لحق العبد في مال العبد ومال السيد الذي دفعه إلى العبد يتجر به في قول مالك؟ قال: قال مالك: نعم، يكون الدين الذي لحق العبد في مال السيد الذي دفعه إلى العبد يتجر به وفي مال العبد، ولا يكون في رقبـة العبد، ويكون بقيـة الدين في ذمة العبد، ولا يكون في ذمـة السيد من ذلك الدين شيء"(٣٦).

وجاء في الحاوي الكبير: "فأما إن عجز ما بيد العبد عن ديونه، إما لوضيعة أو جائحة

---

(٣٥) (٣٦٧/١). وينظر: المبسوط (٤٨/٢٥)، بدائع الصنائع (٢٠٣/٧)، البحر الرائق (١٠٦/٨).

(٣٦) (٩١/٤). وينظر: حاشية الدسوقي (٣٠٦/٣)، منح الجليل (١٢٣/٦)، الفواكه الدواني (٢٤١/٢).

كان ما في ذمته يؤديه إذا أيسر بعد عتقه، ولا يتعلق برقبته ولا بذمة سيده"[٣٧].

وجاء في الإنصاف: "الحالة الثانية: أن يكون مأذوناً له ويستدين ...وعنه: يتعلق برقبته - أي العبد-"[٣٨].

ويعلل هؤلاء الفقهاء عدم تعلق ديون العبد بذمة سيده بما يلي:

١-أن الدين إنما ثبت على العبد برضا الدائن، والسيد لم يضمن عن عبده ما يلحقه من دين، وإنما أذن له في التجارة، وهذا لا يوجب ثبوت الدين في ذمة السيد[٣٩].

٢-أن العبد هو المباشر للاستدانة، وقد عيّن لديونه محلاً يتسع للديون وتتعلق به وهو ذمته[٤٠].

٣-أن استحقاق قضاء دين التجارة إنما يجب على من التزمه من ماله لا من مال غيره، والعبد هو الملتزم بقضاء الدين وليس السيد[٤١].

٤-أن السيد إنما يقصد بالإذن للعبد بالتجارة تحصيل الربح لنفسه لا إتلاف ملكه، وإنما يحصل مقصوده إذا كان رجوع العبد بالعهدة مقصوراً على كسبه[٤٢].

(٣٧) (٣٧١/٥). وينظر: أسنى المطالب (١١٣/٢)، نهاية المحتاج (١٨٠/٤). وقد ورد في كلام بعض الشافعية أن السيد يطالب بدين العبد، وليس مقصودهم تعلق الدين بذمة السيد، وإنما يطالب به بحكم سلطته على العبد مع عدم وجوب الحق في ذمته. قال في نهاية المحتاج(١٨٠/٤): "ولو اشترى المأذون سلعة شراء صحيحاً ففي مطالبة السيد بثمنها هذا الخلاف ...ومطالبته ليؤدي مما في يد الرقيق إن كان لا من غيره ككسبه بعد الحجر عليه لا لتعلقه بذمته، إذ لا يلزم من المطالبة بشيء ثبوته في الذمة بدليل أن القريب يطالب بنفقته قريبه والموسر بإطعام المضطر مع عدم ثبوتهما في ذمتهما، فإن لم يكن بيده شيء فلا احتمال أدائه عنه؛ لأن له به علقة وإن لم يلزم ذمته، فإن أدى برئ القن وإلا فلا، وقد لا يطالب بأن أعطاه مالا ليتجر فيه فاشترى في ذمته ثم تلف ذلك المال قبل تسليمه للبائع بل يتخير إن لم يؤده السيد لانقطاع العلقة هنا بتلف ما دفعه السيد ولم يخلفه شيء من كسب المأذون".

(٣٨) (١٣/ ٤٢٠). وينظر: شرح الزركشي (٦٦٥/٣).

(٣٩) ينظر: البيان للعمراني (٢٤٠/٧).

(٤٠) ينظر: حاشية الرملي على أسنى المطالب (١١٢/٢).

(٤١)ينظر: المبسوط (٤٨/٢٥).

(٤٢) ينظر: المبسوط (٤٨/٢٥)، تبيين الحقائق (٢٠٩/٥).

وخالف في ذلك الحنابلة في المشهور من مذهبهم فرأوا أن ديون العبد المأذون له بالتجارة تثبت في ذمة سيده؛ لأنه أغرى الناس بمعاملة هذا العبد.

جاء في المغني: "ولنا: أنه إذا أذن له في التجارة، فقد أغرى الناس بمعاملته، وأذن فيها فصار ضامناً، كما لو قال لهم: داينوه، أو أذن في استدانة تزيد على قيمته، ولا فرق بين الدين الذي لزمه في التجارة المأذون فيها، أو فيما لم يؤذن له فيه، مثل إن أذن له في التجارة في البزّ فاتجر في غيره، فإنه لا ينفك عن التغرير، إذ يظن الناس أنه مأذون له في ذلك أيضاً"(٤٣).

ويناقش:

بعدم التسليم بحصول التغرير بدائن العبد المأذون له بالتجارة، إذا كان على بيّنة أن ديونه لا تتعلق بذمة السيّد؛ لأن الإذن له بالتجارة لا يستلزم تحمل السيد في ذمته لديون العبد، كما تقدم آنفاً في تعليلات قول الجمهور.

والنبي صلى الله عليه وسلم قد أثبت للعبد ذمة مستقلة عن سيده يملك بموجبها وإن كان مملوكاً لسيده، كما قال صلى الله عليه وسلم: "من ابتاع عبداً وله مال فماله للذي باعه، إلا أن يشترط المبتاع"(٤٤).

قال ابن العربي رحمه الله: "وقال علماؤنا: إن الحياة والآدمية علة الملك، فهو آدمي حي فجاز أن يملك كالحر، وإنما طرأ عليه الرق عقوبة، فصار للسيد عليه حق الحجر وذمته خالية عن ذلك، فإذا أذن له سيده وفك الحجر عنه رجع إلى أصله في المالكية بعلة الحياة والآدمية وبقاء ذمته خالية عن ذلك كله. والذي يدل على صحة هذا قوله صلى

(٤٣) (٣٤٨/٦). وينظر: المبدع (٢٣١/٤)، كشاف القناع (٤٥٩/٣).

(٤٤) أخرجه البخاري، كتاب المساقاة، باب الرجل يكون له ممر أو شرب في حائط أو نخل (١١٥/٣) رقم (٢٣٧٩)؛ ومسلم، كتاب البيوع، باب من باع نخلاً عليها ثمر (٩٤٩/٣) رقم (١٥٤٣) من حديث عبدالله بن عمر رضي الله عنهما.

الله عليـه وسلم: "من باع عبدا وله مال فماله للبائـع ، إلا أن يشترطه المبتاع"، فأضاف المال إلى العبد، وملّكه إياه، وجعله في البيع تبعاً له"[٤٥].

فـإذا تقرر صحة المسؤوليـة المحدودة للسيد عن ديون عبده المـأذون له بالتجارة مع ملكـه إياه، وأن المسؤولية المحدودة قد ثبتت بأصل شرعي معتبر، فإن اعتبار هذا المبدأ في أبـواب الشركات أيضاً قياساً على ما ثبت في أحـكام الرقيق أمر جائز وصحيح لا مانع منه متى ما تراضا عليه العاقدان ودخلا فيه على بينة من أمرهم.

الدليل الرابع:

أن الشـركاء ذوي المسؤوليـة المحدودة بمثابـة أرباب المـال في المضاربة، وقد نص الفقهاء على أن مسؤولية رب المال في المضاربة محدودة بما قدمه في رأس المال، وذلك عند استدانة المضارب على مال المضاربة[٤٦].

ويناقش:

بعـدم التسليم بأن مسؤوليـة رب المال عن ديون مال المضاربـة محدودة بقدر مال المضاربـة، بل الذي قـرره الفقهاء أن استدانـة المضارب على المضاربـة - وذلك بأن يشتري سلعاً للمضاربة بثمن أكثر من مال المضاربة، أو بثمن ليس معه من مال المضاربة من جنسه - لها حالان:

الحال الأولى: أن يستدين للمضاربة دون إذن من رب المال. وقد اتفق فقهاء الحنفية[٤٧]

---

(٤٥) أحكام القرآن (١٤٦/٣).

(٤٦) ينظر: المعايير الشرعية (ص١٧٩)، الشركات للخياط (٢٣٩/٢)، أثر الاختلاف بين الشخصية الطبيعية والشخصية الاعتبارية للقره داغي (ص١٤)، الفقه الإسلامي وأدلته للزحيلي (٨٨٣/٤)، الشركات القابضة وأحكامها لأبي غدة (ص٥٧٨).

(٤٧) ينظر: بدائع الصنائع (٩٠/٦)، البحر الرائق (٢٦٥/٧)، رد المحتار (٦٥٠/٥)

والمالكيـة[٤٨] والشافعية[٤٩]، والحنابلة[٥٠] علـى أن الثمن في هذه الحال يكون ديناً على المضارب في ماله الخاص، ولا يلحق بمال المضاربة.

وعلـى هذا فلا يكون الدين ثابتاً على رب المال أصـلاً، فلا وجه لوصف مسؤوليته بأنها محدودة؛ لأن الدين إنما وجب في ذمة غيره وهو المضارب.

الحـال الثانية: أن يستدين المضارب للمضاربة بـإذن رب المال. وقد اختلف الفقهاء فيمـن يتحمل الدين في ذمته في هذه الحال، فذهب الحنفية إلى أن ما اشتراه المضارب بـإذن رب المال يكون شركة وجوه بين المضـارب ورب المال، ويصير الدين بينهما في ذمتيهما مناصفة[٥١].

وذهب المالكية[٥٢]، والشافعية[٥٣]، والحنابلة[٥٤] إلى أن الدين في هذه الحال يثبت في ذمة رب المال مطلقاً ويطالب به من جميع أمواله.

وبهذا يتبـين أن مسؤولية دين المضاربة تكون في ذمة رب المال عن كامل الدين عند الجمهـور، وعن كامل ما يخص نصيبه من المشـترى عند الحنفية ويكون الباقي في ذمة المضـارب، وعليه فإن مسؤولية رب المال عن دين المضاربة – على القولين- مسؤولية مطلقـة وليست محـدودة بقدر معين، إذ المسؤولية المحـدودة تعني أن يثبت الدين في

(٤٨)ينظر: الذخيرة (٧٧/٦)، التاج والإكليل (٤٤٧/٧)، شرح الخرشي (٢١٦/٦)،

(٤٩) ينظر: روضة الطالبين (٢٠٨/٤)، أسنى المطالب(٣٨٦/٢)، تحفة المحتاج(٩٥/٦)،

(٥٠) ينظر: المغني (١٥٥/٧)، المبدع (٢٨٩/٤)، الإنصاف (٩٠/١٤).

(٥١)ينظر: بدائع الصنائع (٩٢/٦)، تبيين الحقائق (٦٩/٥)، مجمع الضمانات (ص٣٠٥).

(٥٢) ويقيد المالكية جواز الاستدانة بأن يكون المضارب في تجارة المضاربة مديراً، فيجوز له حينئذ أن يستدين للمضاربة، إذا كان مال المضاربة يفي بالثمن. والتاجر المدير: هو الذي يبيع بالسعر الحاضر ولا ينتظر ارتفاع الأسواق. ينظر: الذخيرة (٧٧/٦)، الإشراف على نكت مسائل الخلاف (٦٤٥/٢)، حاشية الدسوقي (٥٢٨/٣).

(٥٣) ينظر: نهاية المحتاج(٢٣٣/٥)، حاشية الشربيني على الغرر البهية(٢٨٧/٣)، حاشية قليوبي(٥٧/٣).

(٥٤)ينظر: المبدع (٢٧٦/٤)، كشاف القناع(٥٠٢/٣)، مطالب أولي النهى (٥٠٧/٣).

ذمته في الأصل ثم لا يلزمه منه إلا قدرٌ محددٌ منه، وهو ما يستطيع الوفاء به من حصته في الشركة وتبرأ ذمته عما زاد عن ذلك.

إذا تقرر هذا فإنه يتبيّن خطأ من ذهب إلى تخريج المسؤولية المحدودة للشركاء على مسؤولية رب المال عن ديون مال المضاربة.

الدليل الخامس:

المصالح المترتبة على إقرار مبدأ المسؤولية المحدودة في الشركات، إذ إن هذا المبدأ هو من أعظم ما يشجع المستثمرين على المساهمة في المشاريع الضخمة التي لم يكونوا ليقدموا على الاستثمار فيها لولا ثقتهم بأن مسؤوليتهم المحدودة عن ديونها تحميهم من اجتياح تلك الديون لأموالهم الخاصة(٥٥). والتشجيع على استثمار الأموال في وجوه الاستثمار المختلفة التي تنشأ لأجلها مثل هذه الشركات من المقاصد الشرعية التي اعتنت بها الشريعة الإسلامية عناية عظيمة(٥٦).

القول الثاني: عدم صحة مبدأ المسؤولية المحدودة في الشركات(٥٧).

واستدلوا بما يلي:

الدليل الأول:

أن مبدأ المسؤولية المحدودة لم يعرفه الفقهاء، بل يخالف ما اتفقوا عليه من كون الديون تتعلق بذمة الشخص لا بماله، لقوله صلى الله عليه وسلم: "نفس المؤمن معلقة

---

(٥٥) ينظر: القانون التجاري السعودي للجبر (ص٢٤٤).

(٥٦) ينظر: الموافقات (٢/٢٠)، مقاصد الشريعة لابن عاشور (ص٤٥٠).

(٥٧) ينظر: الشركة المساهمة في النظام السعودي للمرزوقي (ص٢٧٥)، مسؤولية الشركاء في الشركة المساهمة والشركة ذات المسؤولية المحدودة للزكري (ص١٨٤).

بدينه، حتى يقضى عنه"[٥٨] [٥٩].

ويناقش هذا الدليل من ثلاثة أوجه:

الوجه الأول: أن عدم معرفة الفقهاء المتقدمين لهذا المبدأ لا ينفي صحته؛ لأن الأصل في المعاملات الحل والصحة. والمعاملات المالية بين الناس تتطور في كل عصر وفق حاجاته ومستجداته، والشريع لم تأت بسد باب الإبداع والابتكار في طريقة التعاملات المالية، وإنما جاءت بوضع أصول كلية لما يحرم - كالربا والغرر والغش وغيرها- وأبقت سائر المعاملات على أصل الحل، بل إن المتأمل للعقود المالية المسماة التي جاءت نصوص الوحيين ببيان أحكامها - كالبيع والإجارة والسلم والقرض والحوالة والمساقاة وغيرها - يجد أن هذه العقود كانت معروفة عند العرب قبل الإسلام، وإنما جاءت الشريعة بتنظيم أحكامها بما يحقق العدل وغيره من المصالح والمقاصد الشرعية، مما يدل على أن الشريعة لم تقصد حصر الناس بصور معينة من التعامل، بخلاف العبادات التي جاءت الشريعة بها على وجه قصدت الالتزام بكيفياتها وشددت في منع الابتداع فيها والزيادة عليها.

الوجه الثاني: عدم التسليم بأن الفقهاء رحمهم الله لم يعرفوا هذا المبدأ، بل إنهم قرروا مبدأ المسؤولية المحدودة في مسألة العبد المأذون له بالتجارة -كما تقدم بيانه في الدليل الثالث من أدلة أصحاب القول الأول- وهذا دليل اعتبارهم صحة المبدأ عند التراضي عليه، وإنما لم يقرروه في أبواب الشركات لعدم الحاجة إليه في زمنهم،

---

(٥٨) أخرجه الترمذي، كتاب الجنائز، باب ما جاء عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال: نفس المؤمن معلقة بدينه حتى يقضى عنه (٣٧٥/٢) رقم (١٠٧٨)؛ وابن ماجه، كتاب الصدقات، باب التشديد في الدين (٨٠٦/٢) رقم (٢٤١٣) من حديث أبي هريرة رضي الله عنه. وقال الترمذي: ((هذا حديث حسن))، وصححه الألباني في صحيح الجامع (١١٤٧/٢).

(٥٩) ينظر: الشركة المساهمة في النظام السعودي للمرزوقي (ص٢٧٥)، مسؤولية الشريك في الشركة للماجد (ص٢٥١).

لطبيعة الشركات في عصرهم والتي تقوم على العلاقات الثنائية وعلى الثقة الشخصية بين التاجر ومن يتعامل معه، على نحو يختلف عن واقع الشركات في هذا العصر الذي اتسعت فيه أنشطتها وعدد الشركاء فيها والذي قد يبلغ في بعض الشركات ملايين الشركاء.

الوجه الثالث: عدم التسليم بأن مبدأ المسؤولية المحدودة ينافي ما جاءت به الشريعة من التشديد في أمر الدَين ولزومه في الذمة؛ لأن المسؤولية المحدودة إنما هي إبراء من الدين، وإبراء الذمم من الدين من المقاصد التي تتشوف لها الشريعة متى كان ذلك برضا صاحب الدين.

الدليل الثاني:

أن مبدأ المسؤولية المحدودة مخالف لمقتضى عقد الشركة في الشريعة الإسلامية، وهو أن يتحمل الشريك ما يحصل للشركة من خسائر بقدر حصته في رأس المال، وقد اتفق الفقهاء على بطلان اشتراط الشريك أن يكون ما يتحمله من الخسارة على خلاف قدر نصيبه من رأس المال[٦٠].

جاء في المغني: "الخسران في الشركة على كل واحد منهما بقدر ماله، فإن كان مالهما متساوياً في القدر، فالخسران بينهما نصفين، وإن كان أثلاثاً، فالوضيعة أثلاثاً. لا نعلم في هذا خلافاً بين أهل العلم"[٦١].

ويناقش:

بأن هذا الاستدلال إنما يسلم في الحال التي يتفاوت فيها الشركاء في تحمل المسؤولية، كما في شركتي التوصية البسيطة والتوصية بالأسهم، واللتان تتكونان من فريقين من

(٦٠) ينظر: مسؤولية الشركاء في الشركة المساهمة والشركة ذات المسؤولية المحدودة للزكري (ص ١٨٤، ١٩٦).

(٦١) (١٤٥/٧). وينظر: الإجماع لابن المنذر (ص١٣٧)، مراتب الإجماع (ص٩١).

الشركاء: أحدهما شركاء تكون مسؤوليتهم عن ديون الشركة مسؤولية مطلقة تتجاوز قدر أموالهم في الشركة إلى جميع أموالهم، وتكون مسؤولية الفريق الثاني من الشركاء مسؤولية محدودة بقدر أموالهم في الشركة، ولا تتجاوز مطالبتهم إلى سائر أموالهم الخاصة والتي لا تدخل ضمن أموال الشركة(٦٢).

وأما الحال التي تستوي فيها مسؤولية الشركاء عن ديون الشركة فلا يصح فيها هذا الاستدلال؛ لأن الشريك ذا المسؤولية المحدودة هو في الواقع متحمل لنصيبه من الخسارة؛ لأن الشركة عندما تخسر فإنه سيذهب عليه ماله فيها -وهذا هو معنى الخسارة- وسيتحمل مع شركائه الديون اللاحقة بالشركة كلٌ على قدر حصته في الشركة، إلا أن الشركة قد اشترطت على دائنيها أن يبرئوها من كل دين يزيد قدره عن موجوداتها، فيسقط هذا القدر من الدين حينئذ عن ذمة الشركاء.

ومقصود الفقهاء بعدم تحمل الشريك نصيبه من خسارة الشركة – كله أو بعضه- هو أن يشترط أن يتحمل غيره من الشركاء نصيبه من الخسارة، فيعوضه عن هذا القدر الذي نقص من ماله أو أن يتحمل عنه حصته من الدين الذي يثبت في ذمته بسبب الشركة.

جاء في المبسوط: "وإن جاء أحدهما بألف درهم، والآخر بألفي درهم فاشتركا على أن الربح والوضيعة نصفان، فهذه شركة فاسدة، ومراده: أن الوضيعة هلاك جزء من المال، فكأن صاحب الألفين شرط ضمان شيء مما يهلك من ماله على صاحبه"(٦٣).

وجاء في المغني: "وجملته أنه متى شرط على المضارب ضمان المال، أو سهماً من

(٦٢) راجع ما تقدم في المبحث الثاني بشأن ما قرره النظام في هاتين الشركتين من مسؤولية الشركاء عن ديون الشركة.
(٦٣) (١١/١٥٨).

الوضيعة، فالشرط باطل. لا نعلم فيه خلافاً"[٦٤].

الدليل الثالث:

أن مبدأ المسؤولية المحدودة يؤدي إلى ربح مالم يضمن، وقد نهى صلى الله عليه وسلم عن ربح ما لم يضمن بقوله: "لا يحل سلف وبيع، ولا شرطان في بيع، ولا ربح ما لم يضمن، ولا بيع ما ليس عندك"[٦٥]، ووجه ذلك: أن الشريك محدود المسؤولية سيأخذ ربح الدين الذي لا يُسأل عنه ولا يضمنه[٦٦].

ويناقش:

بأن الشريك محدود المسؤولية ضامن لحصته في الشركة بتحمله ما يصيب مال الشركة من هلاك ونقص ودين، إلا أن دائن الشركة قد أبرأه وشركاؤه من كل دين يزيد قدره عن موجودات الشركة، فلا يثبت هذا القدر في ذمته. ويوضح ضمانه أن مبدأ المسؤولية المحدودة لو أُهدر في تلك الشركة لأيّ سبب معتبر، فإن الشركاء سيتحملون الدين كاملاً في أموالهم الخاصة.

الدليل الرابع:

أن مبدأ المسؤولية المحدودة يؤدي إلى الغرر؛ لأن تحديد مسؤولية الشركاء بما لا يزيد عن قدر حصتهم في رأس المال، مع السماح في نفس الوقت للشركة بالاستدانة من

---

(٦٤) (١٧٦/٧).

(٦٥) أخرجه أبو داود، كتاب البيوع والإجارات، باب في الرجل يبيع ما ليس عنده (٤٩٥/٣) رقم (٣٥٠٤)؛ والترمذي، كتاب البيوع، باب ما جاء في كراهة بيع ما ليس عندك (٥١٥/٢) رقم (١٢٣٤)؛ والنسائي في المجتبى، كتاب البيوع، باب شرطان في بيع...(٢٩٥/٧) رقم (٤٦٣٠)؛ وابن ماجه، كتاب التجارات، باب النهي عن بيع ما ليس عندك وعن ربح ما لم يضمن (٧٣٧/٢) رقم (٢١٨٨) من حديث عبدالله بن عمرو رضي الله عنهما. وهذا الحديث صححه الترمذي في السنن (٥١٦/٢)، وابن عبدالبر في التمهيد (٨٩/١٧)، وابن حزم في المحلى (٤٦٧/٧)، والنووي في المجموع (٣١٧/٩)، وابن تيمية كما في مجموع الفتاوى (٨٤/٣٠)، والذهبي في التلخيص (١٧/٢) وغيرهم.

(٦٦) مسؤولية الشريك في الشركة للماجد (ص٢٥١).

الغير أو الاقتراض بما يزيد عن قدر رأس المال، يعني وقوع احتمال ألا يسترد الدائنون أموالهم أو جزءاً منها، وهذا الوضع ينطوي على غرر كبير للدائنين(٦٧).

ويناقش من وجهين:

الوجه الأول: أن احتمال عدم وفاء المدين بالدين يرد في كل عقود المداينات؛ لأنه لا يأمن مدين من أن يعرض له عجز عن الوفاء بسبب إفلاس أو جائحة تصيب ماله فضلاً عن احتمال أن يكون المدين مماطلاً، ولذا شرعت عقود التوثيقات لحفظ حق الدائن، فلا يصح أن يوصف احتمال عدم الوفاء بأنه غرر مانع من صحة الدين ما لم يكن هذا الاحتمال غالباً، والواقع يشهد بأن دائني الشركات التي تكون مسؤولية الشركاء فيها محدودة يكونون أشد حيطة وحذراً عند التعامل مع تلك الشركات بدراسة الملاءة المالية لتلك الشركات، وبأخذ الضمانات لديونهم، لما يعلمونه من أنهم لا يستوفون ديونهم إلا من موجودات الشركة وأن الأصل أنه ليس لهم الرجوع على الشركاء في أموالهم الخاصة.

الوجه الثاني: ما تقدم تقريره في الدليل الثاني من أدلة القول الأول من أن حقيقة المسؤولية المحدودة أنها إبراء، والإبراء إسقاط تغتفر فيه الجهالة والغرر.

الدليل الخامس:

أن الأخذ بمبدأ المسؤولية المحدودة يعطي الذريعة للشركاء أو إدارة الشركة إلى التغرير بالأطراف المتعاملين معهم، وذلك بادعاء الإفلاس حين يأمنون الملاحقة في أموالهم الخاصة التي لا تمثل حصصاً في الشركة، لكون مسؤوليتهم محدودة في

---

(٦٧) ينظر: الشركات الحديثة والشركات القابضة لحسين كامل فهمي (٤٦٤).

حصصهم فقط، فتضيع بذلك حقوق المتعاملين مع الشركة[٦٨].

ويناقش من وجهين:

الوجه الأول: ما تقدم ذكره في مناقشة الدليل السابق من أن دائني الشركات التي تكون مسؤولية الشركاء فيها محدودة يكونون أشد حيطة وحذراً عند التعامل مع تلك الشركات.

الوجه الثاني: أن الأنظمة قد راعت خطورة هذا الجانب عند تنظيم الشركات التي تكون مسؤولية الشركاء فيها محدودة، فوضعت عليها من القيود ما يخفف من تلاعب هذه الشركات بحقوق دائنيها. وقد تقدم في المبحث الثاني إيراد عدد من أمثلة القيود الواردة في نظام الشركات السعودي، والتي يراد منها الحد من اتخاذ مبدأ المسؤولية المحدودة ذريعة للتلاعب وتضييع حقوق الدائنين.

الترجيح:

الراجح والله وأعلم ما ذهب إليه أصحاب القول الأول من صحة واعتبار مبدأ المسؤولية المحدودة في الشركات؛ لصحة تخريج هذا المبدأ على عدد من الأصول الشرعية المعتبرة، كما تقدم بيانه في أدلة القول الأول؛ ولموافقة هذا القول للأصل العام في المعاملات وهو صحتها وجوازها ما لم يثبت دليل المنع، وما ذكره المانعون من الأدلة لم يسلم شيء منها من الاعتراض كما تقدم في مناقشة أدلتهم على التفصيل.

وهذا من حيث الأصل العام، وهو مقيّد بقيدين:

الأول: عدم وقوع تغرير من الشركاء بالدائنين، أو حصول تعدٍ أو تفريط منهم في إدارة الشركة تسبب في إفلاسها، فإن وقع من الشركاء تغرير أو تعدٍ أو تفريط فإنه

---

(٦٨) ينظر: مسؤولية الشريك في الشركة للماجد (ص٢٥٣)، مسؤولية الشركاء في الشركة المساهمة والشركة ذات المسؤولية المحدودة للزكري (ص١٩٧).

يجب حينئذٍ إهدار مبدأ المسؤولية المحدودة، وتكون مسؤولية الشركاء- الذين حصل منهم تغرير أو تعدٍ أو تفريط - عن ديون الشركة مسؤولية مطلقة في جميع أموالهم الخاصة.

الثاني: تساوي الشركاء في مسؤوليتهم عن ديون الشركة، فلا يصح أن تكون مسؤولية بعض الشركاء محدودة، ومسؤولية الشركاء الآخرين مطلقة، كما هو الحال في شركتي التوصية البسيطة والتوصية بالأسهم.

المبحث الرابع
التطبيقات القضائية للمسؤولية المحدودة في الشركات

التطبيق الأول(٦٩)

الدعوى المقامة من بنك ... ضد شركة ... المحدودة

تتحصل وقائع هذه الدعوى بأن وكيل المدعي قد تقدم بلائحة دعوى يختصم فيها المدعى عليها... بأنه سبق وأن أقام موكله دعوى ضد المدعى عليها أمام مكتب الفصل في منازعات الأوراق التجارية في المنطقة الشرقية، وذلك لمطالبة المدعى عليها بدفع مبلغ وقدره سبعة وستون مليوناً وتسعمائة ألف دولار أمريكي (٦٧,٩٠٠,٠٠٠)، وقد صدر قرار مكتب الفصل في منازعات الأوراق التجارية ...والقاضي بإلزام المدعى عليها بدفع المبلغ المذكور للمدعي، وهو قرار مشمول بالنفاذ المعجل وبدون كفالة، وقد ماطلت المدعى عليها في تنفيذ القرار منذ ذلك التاريخ ولم تدفع للمدعي أي مبلغ، وفي أثناء محاولات تنفيذ الحكم تبين للمدعي أن المبلغ المحكوم به يبلغ أكثر من قيمة

(٦٩) حكم ديوان المظالم رقم ١٥٦/تج/٣/٣ لعام ١٤٣٤هـ في القضية رقم ١٥٢٦/٣/ق لعام ١٤٣٣هـ.

رأس مال الشركة المدعى عليها، ورغم ذلك فإن الشركاء في الشركة المدعى عليها لم يقوموا باتخاذ قرار فيما يخص هذه الديون وكيفية تسديدها أو انقضاء الشركة، وأطلب إصدار الأمر القضائي وبشكل عاجل بوقف جميع حسابات الشركة لدى جميع البنوك في المملكة ومخاطبة مؤسسة النقد بذلك وإصدار الأمر القضائي بالحجز على كافة أصول الشركة ومنقولاتها إلى حين إعلان إفلاسها وتصفية جميع حقوق المدعي لديها، والحكم على الشركاء في الشركة المدعى عليها بالتضامن فيما بينهم بدفع مبلغ وقدره سبعة وستون مليوناً وتسعمائة ألف دولار أمريكي (٦٧,٩٠٠,٠٠٠)، والحكم بإفلاس الشركة كونها عجزت عن سداد ديونها التجارية ... وقدم وكيل المدعى عليها مذكرة جوابية أفاد فيها: بأن وقائع النزاع تتلخص في أن موكلتي المدعى عليها قد تعاقدت مع مكتب ...لخدمات المشاريع ، وذلك لتنفيذ أحد المشروعات تتمثل في تصدير منتجات صناعية وأنظمة أجهزة إلكترونية، ونظراً لضخامة حجم المشروع المتعاقد عليه فقد قامت موكلتي بالتعاقد مع الصندوق السعودي للتنمية "برنامج ضمان الصادرات السعودية" وذلك لضمان مخاطر عدم السداد في المشروع المتعاقد عليه بمبلغ قدره أربعة وثمانون مليون دولار أمريكي (٨٤,٠٠٠,٠٠٠)... وقد قامت موكلتي بسداد رسوم التأمين المقررة للصندوق والتي تخطت مبلغاً قدره ثلاثة عشر مليون ريال سعودي (١٣,٠٠٠,٠٠٠)، وحيث إن المشروع المتعاقد عليه كان يحتاج إلى سيولة مالية، وبناء على توصية من الصندوق السعودي للتنمية وقعت موكلتي مع المدعي عدة اتفاقيات تسهيلات بنكية ومنها الاتفاقية الخاصة بالقيمة المدعى بها لتمويل المشروع ، وقدمت ضماناً لهذه اتفاقية سند أمر يحمل نفس مبلغ المطالبة وقدره سبعة وستون مليوناً وتسعمائة ألف دولار أمريكي (٦٧,٩٠٠,٠٠٠)، بالإضافة إلى

اتفاقيـة ضمان مخاطر عدم السداد المبرمة مع الصنـدوق السعودي للتنمية، بالإضافة إلـى حوالة حق تحيل بموجبها موكلتي كافة الحقـوق الناشئة عن المشروع والتي تكفل الصندوق السعودي للتنمية بضمانها إلى المدعي الذي قبل الحوالة ووقع عليها، إلا أن البنـك المدعي لم يقم بإيداع مبلغ التمويل المتفق عليـه واكتفى بإيداع مبلغ قدره أحد عشر مليونـاً وثمانمائة وستة وسبعون ألفاً وثمانـون دولاراً أمريكياً (١١,٨٧٦,٠٨٠)، وحيث إن موكلتي قامت بتنفيذ المشروع موضوع التمويل إلا أن الجهة المتعاقد معها قد تقاعست عن سداد مستحقات موكلتي، وهو الأمر الذي فوجئت معه موكلتي بالمدعي يتقـدم بالسند لأمر المسحوب ضماناً لتمويل المشروع إلى مكتب الفصل في منازعات الأوراق التجاريـة وتحصل منها على قرار مكتب الفصل والمقدم سنداً لهذه الدعوى، وقد تقدمت موكلتـي بدعوى ضد البنك لدى لجنة تسويـة المنازعات المصرفية وذلك لتحديد أصل المديونية المتعاقد عليها وإهـدار حجية السند لأمر، كما تقدمت موكلتي بدعـوى منظورة لدى المحكمـة الإدارية بالرياضـ ضد الصندوق السعـودي للتنمية لإلزامه بتغطيـة ضمان مخاطر عدم السداد بموجب العقد المـبرم معه، وعليه فالمدعي قد أبرأ ذمة موكلتي من الدين موضوع الدعوى بموجب قبوله حوالة الحق، وحيث إن ولاية مكتب الفصـل في منازعات الأوراق التجارية تقف عند صحة الأركان الشكلية للورقة التجاريـة دون التعرض إلى أصل العلاقة، عليه أطلـب رد الدعوى ... وقدم وكيـل المدعـي مذكرة جوابية أفاد فيهـا: بأن وكيل المدعى عليها قـد سرد وقائع لا تمت إلى الدعوى بصلة ... رغبة منه في تشتيت الدعوى، وإدخال أطراف ليس لهم علاقة بها، وعليه فحيث إن دعـوى موكلي تضمنت حقاً مشروعاً تمثل في عدم سداد المدعى عليها لديونها التـي تجاوزت إجمالي رأس مالها، فإن موكلـي يؤكد على طلبه إصدار

الأمـر القضائي بمنع الشـركاء من السفر إلى حين انتهاء الدعـوى، والحجز على كافة حسابات الشركة المصرفية... وأضاف بأن موكلي يحصر مطالبته بالحكم على الشركاء في الشركة المدعى عليها بالتضامن بدفع مبلغ قدره سبعة وستون مليوناً وتسعمائة ألف دولار أمريكي (٦٧,٩٠٠,٠٠٠).

وبعد سماع الدائرة للدعوى والإجابة، وبعد اطلاعها على أوراق القضية ومستنداتها، وحيث إن دعوى وكيل المدعي تنحصر في طلبه إلزام الشركاء في الشركة المدعى عليها بالتضامن فيما بينهم لدفع مبلغ قدره سبعة وستون مليوناً وتسعمائة ألف دولار أمريكي (٦٧,٩٠٠,٠٠٠) لموكله بموجب السند لأمر والصادر من المدعى عليها لصالح موكله، والصادر على أساسه قرار مكتب الفصل في منازعات الأوراق التجارية... والمتضمن إلزام المدعـى عليها دفع مبلغ المطالبة للمدعي، وحيث أفـاد وكيل المدعى عليها بعدم صحـة الدعوى بما هو مفصل بعاليه، وحيـث إنه باطلاع الدائرة على ما حصر به وكيل المدعـي دعوى موكله وهو إلزام الشـركاء في الشركة المدعى عليهـا بالتضامن لدفع مبلـغ المطالبة لموكله، وحيث إن هذا المطلب قد تم نظره سلفاً وصدر لموكله قرار مكتب الفصـل في منازعات الأوراق التجارية المشـار إليه والمتضمن إلزام المدعى عليها دفع مبلـغ المطالبة للمدعي... وأما كون قرار مكتب الفصل في منازعات الأوراق التجارية قـد صدر في مواجهة الشركة المدعى عليها فـإن ذلك يعتبر ملزماً للشركاء في الشركة المدعى عليها ولا يستدعي حكماً آخر على الشركاء بأعيانهم باعتبار أن الشركة المدعى عليهـا هي شركـة ذات مسؤولية محدودة يلتزم كل شريك فيهـا بدفع ما يقابل حصته في الشركـة، وفق ما نصـت عليه المادة (١٨٠) من نظام الشـركات والتي نصت على أنـه "إذا بلغت خسائر الشركـة ذات المسئولية المحدودة ثلاثة أربـاع رأس المال وجب

على المديرين دعوة الشركاء للاجتماع للنظر في استمرار الشركة أو في حلها قبل الأجل المعين في عقدها، ولا يكون قرار الشركاء في هذا الشأن صحيحاً إلا إذا وافقت عليه الأغلبية المنصوص عليها في المادة (١٧٣)، ويجب في جميع الأحوال شهر هذا القرار بالطرق المنصوص عليها في المادة (١٦٤)، وإذا أهمل المديرون دعوة الشركاء أو إذا تعذر على الشركاء الوصول إلى قرار في الموضوع جاز لكل ذي مصلحة أن يطلب حل الشركة". وأما ما ذكره وكيل المدعي من أن خسائر الشركة المدعى عليها قد بلغت أكثر من رأسمالها ، فكان للمدعي طلب حل الشركة وتصفيتها في حال ثبوت ما ادعى به طبقاً للمادة المشار إليها سلفاً. مما تنتهي معه الدائرة إلى الحكم بعدم جواز نظر الدعوى لسابقة الفصل فيها من جهة شبه قضائية وهي مكتب الفصل في المنازعات التجارية.

التعليق على الحكم

بتأمل وقائع الدعوى والحكم، يتبيّن أن القضاء التجاري السعودي يعدّ مبدأ المسؤولية المحدودة للشركاء مبدأً صحيحاً معتبراً، لذا حكمت الدائرة بعدم صحة مطالبة الشركاء بسداد الديون التي تجاوزت موجودات الشركة من أموالهم الخاصة، وجاء في تسبيب الحكم: "...فإن ذلك يعتبر ملزماً للشركاء في الشركة المدعى عليها ولا يستدعي حكماً آخر على الشركاء بأعيانهم باعتبار أن الشركة المدعى عليها هي شركة ذات مسؤولية محدودة يلتزم كل شريك فيها بدفع ما يقابل حصته في الشركة". وبيّنت الدائرة أن الذي يملكه الدائن بموجب النظام إنما هو المطالبة بتصفية الشركة عند بلوغ خسائرها ثلاثة أرباع رأس مالها لاستيفاء دينه مما تبقى من موجوداتها.

التطبيق الثاني[٧٠]

الدعوى المقامة من صندوق التنمية الصناعية السعودي ضد الشركة ... المحدودة

تتلخص وقائع هذه الدعوى في أنه تقدّم ... المدير العام لصندوق التنمية الصناعية السعودي بلائحة دعوى ضد المدعى عليها جاء فيها أنه بموجب عقد القرض رقم... وتاريخ... قدم الصندوق للمدعى عليها قرضاً مقداره ستة عشر مليون ريال (١٦،٠٠٠،٠٠٠) للمساهمة في تمويل إنشاء وتشغيل مصنع الشركة لإنتاج البطاريات الجافة، ونظراً لحدوث بعض الأمور التي أثرت على عملية بيع ما ينتجه المصنع من بطاريات مما أدى إلى عدم التزام الشركاء بسداد الأقساط التي استحقت عليهم، فقد عمل الصندوق جميع ما يستطيعه لدعم الشركاء وحثهم على تشغيل المصنع إلا أن ذلك لم يجد شيئاً، مما حدا بالصندوق إلى إصدار قراره ... باستدعاء كامل قرضه وما تكبده من تكاليف متابعة، وعلى إثر ذلك أقام الشركاء الدعوى رقم ...أمام ديوان المظالم بالرياض (الدائرة الإدارية الأولى) بطلب إلغاء القرار الصادر من مجلس إدارة الصندوق، وقد حكمت الدائرة المذكورة ... بإلغاء قرار مجلس إدارة الصندوق، ونوهت في أسباب حكمها بأحقية الصندوق في اقتضاء حقوقه من الشركاء أنفسهم كل بنسبة حصته في الشركة إلا أن ذلك يجب أن يتم بعد أن يستنفذ الصندوق الإجراءات التي نص عليها الحكم، وقد قام الصندوق بإعمال ما نص عليه الحكم بما في ذلك طلب تعيين مصف للشركة وتم تعاون الصندوق مع المصفي ببيع مصنع

(٧٠) حكم هيئة التدقيق في ديوان المظالم رقم ٦٨/ت/٣ لعام ١٤٢٨هـ، في القضية رقم ٢/٨٢٧/ق لعام ١٤١٥هـ والصادر بشأنها حكم الدائرة التجارية العاشرة رقم ١٢٢ لعام ١٤٢٧ هـ.

الشركة المرهون لصالحه بمبلغ (٣,٩٠٠,٠٠٠) ريال ثم طالب الصندوق المصفي بباقي مبلغ القرض إلا أنه أفاد بعدم وجود مبالغ لديه، ثم أقام المصفي الدعوى ...أمام هيئة حسم المنازعات التجارية (دائرة جدة) بغية الحكم بإشهار إفلاس الشركة فأصدرت الهيئة المذكورة قرارها ...بإعلان إفلاس الشركة وتعيينه أميناً للتفليسة وأن على كل دائن لم يرتض بحصيلة التفليسة أن يقيم دعواه مطالباً بمسؤولية الإدارة عما آلت إليه أوضاع الشركة .

ثم تقدم المصفي لهيئة حسم المنازعات التجارية بدائرة جدة بعد أن عجز عن تسوية أوضاع الدائنين لقصور حصيلة التفليسة بطلب مفاده تحديد نوع إفلاس الشركة، وإثباتاً لدعوى المصفي قررت الهيئة أن تقوم ...للخدمات الاستشارية بإجراء دراسات تتعلق بسلامة إجراءات التصرفات قبل تأسيس الشركة وبعد التأسيس وأثناء قيام الشركة وألزمت الهيئة في قرارها المدعي (المصفي) بأن يقدم لجهة الخبرة سالفة الذكر الوثائق والمستندات التي تمكنها من إعداد تقريرها وتحديد نوع الإفلاس، إلا أن المدعي (المصفي) قدم مذكرة ضمنها أنه لا يرى مبرراً لإعادة فتح ملفات الشركة ودفاترها التجارية بعد هذه الفترة الطويلة من الزمن بمقولة إن دفاتر الشركة وسجلاتها سليمة إذ لم ترد للشركة أية ملاحظات عليها من وزارة التجارة مما حدا بهيئة حسم المنازعات التجارية بجدة أن تصدر قرارها ... برد الدعوى، وبعد ذلك لم يجد الصندوق سبيلاً سوى اللجوء إلى الجهات التنفيذية لتنفيذ الخطوة الأخيرة من الحكم ...وهي مطالبة الشركاء شخصياً بتسديد ما تبقى من مستحقات الصندوق ...ثم فوجئ الصندوق بإقامة المصفي للدعوى ... أمام الدائرة التجارية العاشرة بفرع الديوان بمنطقة مكة المكرمة يطلب الحكم له بإشهار إفلاس الشركة واعتبار الإفلاس حقيقياً تبعاً لما هو متوفر

له من مستندات وإدخال صندوق التنمية الصناعية السعودي خصماً في الدعوى ليصدر الحكم في مواجهته، وبعد أن سارت الدعوى شوطاً طويلاً أمام الديوان حصر المدعي (المصفي) دعواه في طلب الحكم له بإعلان إفلاس الشركة المدعى عليها، وبعد ذلك أصدرت الدائرة التجارية العاشرة حكمها ... بعدم جواز نظر الدعوى بإعلان إفلاس الشركة لسابقة الفصل فيها من هيئة حسم المنازعات التجارية التي أصدرت قرارها ... بإعلان إفلاس الشركة. وانتهى الصندوق في لائحة دعواه إلى طلب الحكم باعتبار إفلاس الشركة إفلاساً تقصيرياً للعرض سالف البيان وطبقاً لنظام المحكمة التجارية .

وبإحالة قضية صندوق التنمية الصناعية السعودي ضد الشركة المدعى عليها إلى الدائرة التجارية العاشرة باشرت نظرها وعقدت لها عدة جلسات حضر فيها طرفا النزاع، وأجاب مصفي الشركة المدعى عليها بقوله: إن دفاتر الشركة كانت وما زالت لديّ بعد أن قرر الشركاء تصفية الشركة، وفي ضوء هذه الدفاتر تمت تصفية الشركة، والذي علمته من المحاسب القانوني الذي كلفته بتدقيق هذه الدفاتر أنها دفاتر منظمة وباعتبار أن الشركة تمت تصفيتها ولم يعد عندي أي أموال للإنفاق بعد بيع مصنع الشركة وتسديد قيمته إلى الصندوق ولا يوجد أي موجودات أخرى أو أموال للشركة ... وللعلم بأنني لم أجد ومن خلال قيامي بتصفية الشركة بداية وخلال قيامي بمهمتي كأمين للتفليسة فيما بعد ما يدل على وجود تقصير في إدارة الشركة وإلا لكنت طلبت اعتبار الإفلاس تقصيرياً.

ثم قررت الدائرة تكليف الخبير المحاسبي ... بفحص سجلات الشركة المحاسبية ومعرفة التصرفات التي صدرت عن الشركة والشركاء فيما يتعلق بمصروفات الشركة

والالتزامات التي ترتبت عليها ومعرفـة ما إذا كان هناك تصرفات غير نظامية حصلت في الشركة، توصلاً لمعرفة نوعية إفلاس الشركة، وقد قدم المحاسب تقريره للدائرة وتم تزويـد طرفي النزاع بنسخة منه أوضح فيه أوجه التقصير الحاصلة من المدعي صندوق التنميـة الصناعي والشركة المدعى عليها فيما يخص القرض الممنوح لها، كما أوضح التصرفات التي تمت من قبل المدعى عليها وأوردها الحكم في وقائعه أدت في وجهة نظر المحاسب إلى كون الإفلاس تقصيرياً.

وبعـد أن استكملت الدائرة نظـر القضية وأجرت ما رأته لازماً لهـا أصدرت بشأنها حكمهـا ...برفض الدعـوى، وقد اعترض المدعي (صنـدوق التنمية الصناعي) على هـذا الحكم، وقدم لائحة بذلك، استعرض فيهـا ملخص ما ذكره في مذكراته الجوابية المقدمـة للدائرة ومن ذلك قولـه: "...فالصندوق يطالب الدائرة بالحكم باعتبار إفلاس الشركـة إفلاساً تقصيرياً وذلك لكي يتمكن من استحصـال مستحقات الخزينة العامة للدولـة وقد نصت المادة (١٠٥) من نظام المحكمـة التجارية على أن (المفلس الحقيقي هـو الذي اشتغل في صنعة التجارة على رأس مـال معلوم يعتبره العرف كافياً للعمل التجـاري الذي اشتغل فيه ووجدت له دفاتر منظمـة ولم يبذر في مصرفه، ووقع على أموالـه حرق أو غرق أو خسارات ظاهرة فـإذا توافرت فيه هذه الشروط يكون مفلساً حقيقيـاً)، كما أن المادة (١٠٦) مـن النظام نفسه قد نصت على أن (المفلس المقصر هو التاجـر الذي يكون مبذراً في مصاريفه ولم يبين عجـزه في وقته بل كتمه على غرمائه واستمر يشتغل في التجارة حتى نفد رأس ماله وإن وجدت له دفاتر منظمة) وترتيباً على ما سبق وحسبما أقر المصفي أمام هيئة حسم المنازعات التجارية وهو إقرار قضائي يعد حجة عليه أنه لا يجد مبرراً من إعادة فتح دفاتر الشركة ولا يمكنه تقديمها فضلاً عما أثبتته

... للخدمات الاستشارية من أنه لم يزودها بالدفاتر والسجلات ولو أن المصفي لديه أو يمكنه تقديم ذلك لبادر به تدعيماً لموقفه ورغبة أن يصدر الحكم لصالحه الأمر الذي يمكن الاستخلاص منه إلى أن أحد الشروط اللازمة لاعتبار الإفلاس حقيقياً وهو وجود ميزانيات ودفاتر تجارية منظمة قد تخلف وبذلك يكون الإفلاس الذي يمكن نسبته إلى الشركاء هو الإفلاس التقصيري، هذا وقد عينت الشركة مديراً فنياً لها غير أنه ترك العمل في الشركة في منتصف عام ١٩٨١ هـ ولم يتم استخلافه بمدير فني جديد مما أدى إلى تدهور مستوى الإدارة الفنية وتراكم الخسائر التي بلغت بتاريخ ٣١ / ١٢ / ١٩٨١م (١٦,٤٠٠,٠٠٠ريال) .

ولقد كان من الضروري تعيين مدير تسويق مناسب في أسرع وقت لديه القدرة على تحمل المسؤولية المباشرة في كافة النواحي المتعلقة بالتسويق، إلا أنه لم يتم تعيين مدير تسويق مؤهل على الإطلاق.

كما أن الشركة الدعائية روجت لإنتاجها على مستوى منافذ البيع بالجملة دون منافذ البيع بالتجزئة، وكانت طريقة التغليف والتعبئة ليست كغالبية الأنواع الأجنبية الأخرى بحيث تكون في غمد من مادة السيلوفان لحمايتها من التسرب مما يعزز ثقة المستهلك بها.

وقد قام الفنيون المختصون بالصندوق بزيارات عديدة لمصنع الشركة وأعدوا تقريراً فنياً أثبت بأن مسببات فشل الشركة هي إدارة الشركة نفسها حيث لم تسيطر على أمور الشركة وامتنعت عن شراء قطع الغيار الأساسية فضلاً عن تجاهلها الواضح لموضوع المغالاة في أسعار المواد الخام وعدم استعدادها لقبول مبدأ ضرورة تعيين أخصائي تسويق في ظل دخول الشركة كمنتج جديد، إضافة إلى أن المباني والإنشاءات لم تشهد أية

صيانة دورية ... وفي ختام مذكرته طلب الحكم باعتبار إفلاس الشركة إفلاساً تقصيرياً للعرض سالف البيان وطبقاً لنظام المحكمة التجارية ...ومسؤولية الشركاء في الشركة ذات المسؤولية المحدودة قائمة عن ديون الشركة ولا تحد مسؤولية كل شريك إلا بنسبة حصته في رأسمالها فإن جاوزت خسائرها قدراً معيناً (ثلاثة أرباع رأس المال) كان على الشركاء تقرير استمرار الشركة مع تحمل ديونها أو حلها، فإن استمرت الشركة في نشاطها ودون صدور قرار من الشركاء باستمرارها أو حلها مشهراً بالطرق المقررة نظاماً كانوا مسؤولين بالتضامن عن سداد جميع ديون الشركة، والذي قرره نظام الشركات... هو تقرير المسؤولية التضامنية والمطلقة عن ديون الشركة للشركاء في الشركة ذات المسؤولية المحدودة متى بلغت خسائرها الحد المذكور واستمرت في نشاطها دون قرار من الشركاء بالاستمرار وتحملهم ديونها أو حلها بالطرق المقررة نظاماً، وهو ما يعني بمفهوم الموافقة أن مسؤولية الشركاء كانت قائمة عن ديون الشركة ولكن بقدر نصيب كل منهم منفرداً عن رأس المال حتى انسحبت عليها حكم المسؤولية المطلقة والتضامنية عندما تحققت شرائطه المشار إليها في هذا النص، وحيث كان ما سبق وكان من الثابت بما لا ينازع فيه المحامي مصفي الشركة وأمين تفليستها وبإقراره في لائحة دعواه (٦٣٨) لسنة ١٤٠٦ هـ من ملاحظته لتقرير المحاسب القانوني بأن خسائر الشركة بلغت (٢٥,٠٠٧,٤٥٩) ريال ومن ثم تجاوزت رأس المال البالغ (١٥,٠٧٠,٠٠٠) ريال في السنة المالية المنتهية في ٣١ / ١٢ / ١٩٨٥ م وكان لازم ذلك ومقتضاه اتخاذ قرار من الشركاء خلال المدة وبالطرق المقررة في المادة (١٨٠) من نظام الشركات، أما وقد تقاعس الشركاء عن الالتزام بأحكام النظام تكون مسؤوليتهم عن ديون الشركة قد تجاوزت حدود نصيبهم في رأس المال انفراداً لتصبح مسؤولية تضامنية عن كامل هذه الديون".

كما ناقش المدعي حيثيات الحكم وخلص إلى طلب نقض الحكم، والحكم بأن إفلاس الشركة المدعى عليها يعد إفلاساً تقصيرياً بناءً على ما عرضه أطراف النزاع أثناء المرافعة وما نص عليه نظام المحكمة التجارية واستناداً إلى تقرير الخبير الفني المنتدب.

وبإحالة القضية إلى هيئة التدقيق واطلاعها على أوراقها والحكم الصادر فيها والاعتراض المقدم عليه، أصدرت حكمها رقم ١٥ / ت / ٣ لعام ١٤٢٤هـ ويقضي: "بنقض حكم الدائرة رقم ٤٣ / د / تج / ١٠ لعام ١٤٢٣ هـ وإعادة القضية للدائرة لنظرها والفصل فيها" وفقاً لما هو مبين بحكم الهيئة.

وبإعادة القضية للدائرة باشرت نظرها وعقدت لها عدة جلسات قدم خلالها طرفا النزاع ما لديهما من دفوع ومذكرات، وبعد أن استكملت الدائرة نظر القضية أصدرت حكمها رقم ١٢٢ / د / تج / ١٠ لعام ١٤٢٧ هـ محل التدقيق ويقضي: "بأن إفلاس الشركة ... يعد إفلاساً تقصيرياً" وذلك بناء على الأسباب الواردة به.

فلذلك حكمت الهيئة بتأييد الحكم رقم ١٢٢ / د / تج / ١٠ لعام ١٤٢٧هـ الصادر في القضية رقم ٨٢٧ / ٢ / ق لعام ١٤١٥ هـ فيما انتهى إليه من القضاء بأن إفلاس الشركة ...يعد إفلاساً تقصيرياً، محمولاً على أسبابه.

التعليق على الحكم

بتأمل وقائع الدعوى والحكم، يتبيّن أن القضاء السعودي رغم اعتباره مبدأ المسؤولية المحدودة للشركاء مبدأً صحيحاً في الأصل، إلا أنه يقيّد اعتباره بعدم حصول تعدٍ أو تفريط في إدارة الشركة، فإن وقع من الشركاء تعدٍ أو تفريط تسبب في خسارة الشركة وإفلاسها، وهو المعبر عنه بالإفلاس التقصيري، فإن القضاء يحكم بمسؤولية الشركاء عن ديون الشركة مسؤولية مطلقة في أموالهم الخاصة.

التطبيق الثالث[٧١]

الدعوى المقامة من شركة ... ضد شركة ... التجارية المحدودة

تتحصل وقائع هذه الدعوى بتقدم ... بلائحة دعوى ذكر فيها أن موكلته باعت للمدعى عليها معدات طبية بمبلغ إجمالي قدره إثنا عشر ألف وتسعمائة وخمسة عشر يورو (١٢٩١٥)، يحل سداده بعد تسعين يوماً من تاريخ سند الشحن، وقد تم الشحن بتاريخ ١٥ / ١٢ / ٢٠٠٣م وتاريخ ٢١ / ١ / ٢٠٠٤م، إلا أن المدعى عليها لم تسدد قيمة المعدات رغم حلول الأجل ورغم مطالبات موكلته المتكررة، وقد أرفق ما يراه سنداً لدعواه طالباً إلزام المدعى عليها بسداد المبلغ كاملاً ... فحددت الدائرة جلسة ... وفيها حضر وكيل المدعية، كما حضر... وذكر أنه قد اشترى هو و... تلك الشركة من...و...، وتغير اسمها إلى شركة... للمقاولات المحدودة، مضيفاً أنه وبموجب عقد البيع فإن الملاك السابقين هم من يتحمل الديون محل الدعوى، وقد قدم صورة من عقد البيع وصورة من ترخيص الاستثمار الذي يثبت ملكية الشركة وتغيير اسمها، وصورة من السجل التجاري، وباطلاع وكيل المدعية على ذلك وتسلمه نسخة من الصور... طلب وكيل المدعية المضي في نظر الدعوى، مضيفاً أن ما ذكره الحاضرون ...غير صحيح، وقد ذكر... أنه اشترى قسم المقاولات وتحول اسمه لشركة ...للمقاولات، وأما قسم المعدات الطبية فلا يزال تحت مسمى...، وبسؤال وكيل المدعية عن تاريخ فواتير شراء المعدات ذكر أنه بتاريخ ١٥ / ١٢ / ٢٠٠٣م، أي قبل شراء المدعى عليها بثلاث سنوات تقريباً، وعليه رأت الدائرة طلب الملاك السابقين للسماع منهم وحددت جلسة ...وفيها حضر الطرفان كما حضر... الذي أجاب بأنهم باعوا قسم المقاولات

---

(٧١) حكم ديوان المظالم رقم ٤٦٨/د/تج/٣ لعام ١٤٢٩ هـ، في القضية رقم ١٦٢٤/١/ق لعام ١٤٢٩هـ.

للمستثمر الأجنبي الحاضر وصفَوا باقي الأنشطة وألغي السجل التجاري في عام ٢٠٠٥ م... وبسؤاله هل الشراء تم أثناء ملكيته؟ أجاب بأنه لا يعلم، وطلب من المدعية إثبات ما تدعي به مؤكداً أنه مستعد للسداد في حال الإثبات وعليه طلب وكيل المدعية مهلة لإحضار البينة ... ثم قدم وكيل المدعية صور بعض المستندات المترجمة للغة العربية والتي يرى إثباتها لما يدعي به... وبسؤال المدعي على من يوجه دعواه؟ ذكر أنه يوجهها ضد شركة ...التجارية المحدودة ... وبسؤال... هل المدعى عليها التي يمثلها ...اشترت قسم المقاولات فقط؟ أجاب بأنها بالفعل اشترت قسم المقاولات وأن الأقسام الأخرى بقيت تحت مسمى شركة ...التجارية وذلك في ست مؤسسات إلى أن تم شطبها تلقائياً، وأضاف أنه المسؤول عن أي مطالبة تثبت تجاه أي من المؤسسات الست، كما قدم ... صورة من عقد البيع من الأصل لمطابقتها عليه، وتمسك فيما ورد في الفقرة الخامسة منه، حيث نصت على أن المشترين لا يتحملون الديون السابقة المتعلقة بقسم الأجهزة الطبية وبعرض ذلك على وكيل المدعية أجاب بأن العقد غير ملزم لموكلته، إذ إنه غير مصدق من وزارة التجارة وكتابة العدل، وأما تصديق الغرفة التجارية الذي يحتج به فهو خاص بمطابقة التوقيع وليس له علاقة بالمضمون، وبعرض ذلك على المدعى عليه، أجاب بأن هذا العقد هو الأساس وأنه قد تم بناء عليه إصدار التراخيص من وزارة التجارة، ووزارة التجارة لا تصدر ترخيصاً حتى يصدق من كاتب عدل، وبناءً على ذلك ختم الطرفان أقوالهما، وعليه رفعت الجلسة للتأمل والمداولة.

وبعد سماع الدائرة للدعوى والإجابة وبعد اطلاعها على أوراق القضية ومستنداتها، تبين أن وكيل المدعية يهدف من إقامة هذه الدعوى إلى إلزام المدعى عليها بأن تدفع لموكلته مبلغاً قدره اثنا عشر ألف وتسعمائة وخمسة عشر يورو (١٢٩١٥) يمثل قيمة

معـدات طبية اشترتها المدعـى عليها من موكلته ... وحيـث إن المدعى عليها قد تغير ملاّكها بموجب الترخيص التجاري وبموجب عقد البيع الذي تضمن في الفقرة الخامسة منه ما يخلي مسؤولية الملاك الجدد عن أي ديون سابقة لتاريخ ١ / ١ / ٢٠٠٥م، والذي تضمن أيضاً في نفس الفقرة مـا يخلي مسؤوليتهم عن أي (مطالبة) تخص ... والتي مـن ضمنها قسم الأجهزة الطبية، وحيث أقر الشريك ... الذي هو أحد ملاك الشركة سابقـاً أنـه المسؤول عن أية ديون علـى نحو ما جاء في عقد البيـع ، وأنه المسؤول عن مطالبة المدعية في دعواها هذه متى ثبتت، وحيث إن المبلغ الذي تطالب به المدعية سابق للتاريـخ المشار إليه الوارد في عقد البيع بل ويمثل قيمة معدات طبية، فإن دعوى المدعية ضد المدعـى عليها الموجودة الآن تكـون موجهة على غير ذي صفـة، وللمدعية إقامة دعواهـا على ملاّك الشركة السابقين، ولهذه الأسبـاب وبعد المداولة حكمت الدائرة: بعـدم قبول الدعوى المقامة من شركة ... ضد شركـة ...التجارية المحدودة، لرفعها على غير ذي صفة.

التعليق على الحكم

بتأمل وقائع الدعوى والحكم، يتبيّن أن هذا الحكم قد اشتمل على عدم صحة مطالبة الشركـة المدعى عليها بالدين، مع الإشارة إلى جـواز مطالبة الشركاء السابقين بالدين في أموالهم الخاصة.

وقـد سببت الدائرة حكمهـا بتغير ملاك الشركـة المدعى عليها، والتـزام الشركاء السابقين بتحمل ديون الشركة السابقة لعقد البيع في أموالهم الخاصة.

وهـذا التسبيب محل نظـر؛ لأن الأصل الذي قرره النظام كمـا تقدم هو أن ديون الشركة ذات المسؤولية المحدودة تتعلق بذمة الشركة ولا تتعدى المطالبة بها إلى الشركاء

في أموالهم الخاصة، لانفصال ذمة الشركاء المالية عن ذمة الشركة، وعليه فإن ديون الشركة تبقى متعلقة بذمة الشركة حتى مع انتقال ملكيتها لشركاء آخرين. والتزام الشركاء السابقين بتحمل الديون هو اتفاق بين مشتري الشركة وملاكها السابقين، وهذا الاتفاق لا يصح أن يتعدى أثره لدائني الشركة.

التطبيق الرابع(٧٢)

قرار توقيع الحجز التحفظي على مبلغ مليوني ريال من أموال المدعى عليها شركة ... المحدودة

تتلخص وقائع هذا الطلب المستعجل بتقدم وكيل المدعية شركة ... بلائحة طلب مستعجل يتضمن المطالبة بحجز تحفظي على أموال المدعى عليها شركة ... المحدودة لدى البنوك السعودية بما يعادل مبلغ مليوني ريال (٢,٠٠٠,٠٠٠)، وبعد قيد الطلب تم إحالته لهذه الدائرة، وقد أوضح فيه وكيل المدعية أن موكلته تعاقدت مع المدعى عليها من أجل أن تقوم المدعى عليها من تاريخ التوقيع على العقد بتاريخ ٥ / ١٠ / ٢٠١٠م باستثمار وتسويق وتصنيع وبيع شعارات رياضية في الإعلانات الدعائية والترويجية، ولكن المدعى عليها أخفقت في تنفيذ التزاماتها العقدية، وفي منتصف عام ٢٠١٢م اتفقت موكلته مع المدعى عليها على إنهاء وتسوية العقد المبرم معها ووقعت موكلته معها اتفاقية تسوية وفسخ ومخالصة نهائية في ١٢ / ٣ / ٢٠١٣م، وقد نصت الاتفاقية على أن تلتزم المدعى عليها بدفع مليوني ريال لموكلته حسب جدول الدفعات المنصوص عليها في الاتفاقية، ولكنها لم تسدد أي مبلغ مما تم الاتفاق عليه رغم المخاطبات المتكررة وصار جميع المبلغ حال الأداء ومستحقاً بذمتها لصالح

(٧٢) قرار ديوان المظالم رقم ٣/د/تج/٧/١٤٣٥هـ في القضية المقامة رقم ٢٣٧/١/ق/١٤٣٥ هـ.

موكلته، ولما كان المبلـغ حال الأداء ومستحقاً لموكلته وتتهرب المدعى عليها من سداده لموكلتــه، وهذا التأخر في السداد قد رتب أضراراً على موكلته، وخوفاً من موكلته من عدم قدرة المدعى عليها على السداد في المستقبل، أو تبديد أموالها أو إخفائها أو تصفية الشركــة أو إفلاسها خاصة وأن رأس مال الشركة المسجل هو خمسمائة ألف ريال وهو أقـل بكثير من المبلغ المستحق لموكلته، فيطلب مخاطبة مؤسسة النقد العربي السعودي لإيقــاع الحجز التحفظي على مبلغ مليوني ريال من أمــوال المدعى عليها لدى البنوك المحليــة... وفي سبيل نظر هذا الطلب حددت الدائرة جلســة هذا اليوم، وفيه حضر وكيل المدعية طالبة الحجز ... وأكــد طلب موكلته العاجل وقدم خطاب الضمان رقم ...المــؤرخ بتاريخ هذا اليوم والمسحوب علــى البنك السعودي الفرنسي لأمر فضيلة رئيس المحكمــة بمبلغ مائتي ألف ريال كضمان لحقوق المدعــى عليها فيما لو تبين عدم صحة المطالبة أو كيدية الدعوى، واكتفى بذلك فتم رفع الجلسة للمداولة.

وبعــد الدراسة والمداولة وحيث إن الفصل في الطلبات العاجلة من الأمور الخاضعة لتقدير الدائرة القضائية ناظرة النزاع ويستند أساساً على الأمور التي قد يتعذر تداركها أو يخشــى فواتها فيما لو لم تقرر الدائرة الفصل في الطلب إيجاباً حسب طالب النظر في المسألــة المستعجلة... وحيث إن من المــبررات المقبولة لتوقيع الحجز التحفظي إذا قرر طالب الحجز خشيته من اختفاء أموال المدين أو تهريبها أو عجزه عن الوفاء بدينه مستقبــلاً، وحيث يتضح من الحالــة الماثلة أن رأس مال الشركــة المدعى عليها أقل من مبلغ الدين – حسب نسخة السجل التجاري المرفقة – فضلاً عن كونها من الشركات ذات المسئوليــة المحدودة التي يُسأل الشركاء عن ديونها بقدر حصصهم فيها فقط دون أموالهــم الخاصة، وإذ قدم طالب الحجز الضمان الــكافي لتوقيع مثل هذا الحجز ضد

المحجوز عليها فإن الدائـرة تنتهي إلى الأمر بتوقيع الحجز التحفظي على مبلغ مليوني ريال من أموال المحجوز عليها إلى حين الفصل النهائي في القضية أو إصدار قرار مماثل برفع الحجز.

ولهـذه الأسبـاب وبعد المداولة: قـررت الدائرة توقيع الحجـز التحفظي على مبلغ مليوني ريال (٢٫٠٠٠٫٠٠٠) من أموال المدعى عليها شركة ...المحدودة من حساباتها لـدى البنوك السعودية لأمر المدعية ... إلى حين الفصل النهائي في القضية أو إصدار قرار مماثل برفع الحجز لما هو موضح بالأسباب.

التعليق على القرار

بتأمل طلب المدعية والقرار القضائي الصادر بشأنه، نلحظ مراعاة القضاء للمسؤولية المحـدودة للشركاء عن ديـون الشركـة، وأن المسؤولية المحدودة مـن موجبات زيادة التحفـظ على ديون هـذا النوع من الشـركات؛ لأن موجودات الشركـة هي المتعلق الوحيـد لحقوق دائنيها، لذا قررت الدائرة القضائية إيقاع الحجز التحفظي على أموال الشركـة المدينة. يوضـح ذلك ما جاء في تسبيـب القرار: "... فضـلاً عن كونها من الشركات ذات المسؤولية المحدودة التي يُسأل الشركاء عن ديونها بقدر حصصهم فيها فقط دون أموالهم الخاصة".

الخاتمة

الحمد لله وحده، والصلاة والسلام على من لا نبي بعده، وبعد:

فقد تناولت في هذا البحث الموجز التعريف بالمسؤولية المحدودة في الشركات وتأصيلها في الفقه الإسلامي ونظام الشركات السعودي، ثم أتبعت ذلك بدراسة تطبيقية لنماذج مختارة من أحكام القضاء السعودي، وتوصلت إلى نتائج عدة، وأبرز هذه النتائج ما يلي:

١- المسؤولية المحدودة في الشركات مصطلح جاءت به القوانين والأنظمة التجارية المعاصرة، ويقصد به: أن تكون مسؤولية الشريك عن ديون الشركة مقتصرة على نصيبه فيها، ولا يتحمل الشريك في أمواله الخاصة ما زاد من ديون الشركة عن موجوداتها.

٢- جاء نظام الشركات السعودي مثبتاً لمبدأ المسؤولية المحدودة للشركاء في أربع من الشركات الواردة فيه، وهي: الشركة المساهمة، والشركة ذات المسؤولية المحدودة، وشركة التوصية البسيطة، وشركة التوصية بالأسهم.

٣- راعى المنظم حين قرر مبدأ المسؤولية المحدودة في الشركات المذكورة خطورة استغلال هذا المبدأ للتلاعب بحقوق الدائنين، فوضع جملة من الضمانات التي تحد من استغلال هذا المبدأ للتغرير بالدائنين وتضييع حقوقهم.

٤- يعد مبدأ المسؤولية المحدودة في الشركات من النوازل المستجدة في هذا الزمان، فالفقهاء المتقدمون لا يفرقون في أبواب الشركات المسماة عندهم فيما يثبت في ذمة الشريك من ديون الشركة بين أمواله التي ضمن الشركة محل الدين، وأمواله الخاصة التي ليست ضمن الشركة، بل يجعلون حق الدائنين متعلقاً بذمة الشريك تعلقاً مطلقاً،

ويكون مطالباً بوفائه وملزماً بسداده من جميع أمواله.

٥-الراجح فقهاً هو صحة واعتبار مبدأ المسؤولية المحدودة في الشركات؛ لأن تحديد المسؤولية عن الديون بمقدار رأس المال في الشركة نوع من الشروط يشترطها الشركاء على المتعاملين مع الشركة وقد علموا ورضوا بها وانتفى عنهم الغرر، والأصل في الشروط الصحة والجواز، ولأن حقيقة المسؤولية المحدودة هي إبراء من دين مجهول لم يتبين قدره، والإبراء إسقاط تحتمل فيه الجهالة والغرر، وتخريجاً على المسؤولية المحدودة للسيد عن ديون عبده الذي أذن له بالتجارة، ولما يحققه إعمال هذا المبدأ من تشجيع على استثمار الأموال في الشركات التي تعود بنفعها الاقتصادي على الفرد والمجتمع.

٦-أن اعتبار مبدأ المسؤولية المحدودة للشركاء فقهاً هو من حيث الأصل العام، وهو مقيّد بقيدين:

الأول: عدم وقوع تغرير من الشركاء بالدائنين، أو حصول تعدٍ أو تفريط منهم في إدارة الشركة تسبب في إفلاسها، فإن وقع من الشركاء تغرير أو تعدٍ أو تفريط فإنه يجب حينئذٍ إهدار مبدأ المسؤولية المحدودة، وتكون مسؤولية الشركاء- الذين حصل منهم تغرير أو تعدٍ أو تفريط - عن ديون الشركة مسؤولية مطلقة في جميع أموالهم الخاصة.

الثاني: تساوي الشركاء في مسؤوليتهم عن ديون الشركة، فلا يصح أن تكون مسؤولية بعض الشركاء محدودة، ومسؤولية الشركاء الآخرين مطلقة، كما هو الحال في شركتي التوصية البسيطة والتوصية بالأسهم.

٧-يقر القضاء السعودي بصحة واعتبار مبدأ المسؤولية المحدودة في الشركات

مـن حيث الأصل، ولكنه يقيّـد اعتباره بعدم حصول تعـدٍ أو تفريط من الشركاء في إدارة الشركة، فإن وقع من الشركاء تعدٍ أو تفريط تسبب في خسارة الشركة وإفلاسها وتجاوز ديونهـا لموجوداتها، فإن القضاء يحكم بمسؤولية الشركاء عن الديون مسؤولية مطلقة في جميع أموالهم.

والحمـد لله الذي بنعمته تتم الصالحات، وصلى الله وسلم على نبينا محمد وعلى آله وصحبه وسلم تسليماً كثيراً.



التأصيل النظامي لإثبات النسب والقرابة

إعداد د. ناصر بن إبراهيم المحيميد

عضو المجلس الأعلى للقضاء - رئيس إدارة التفتيش القضائي

الحمد لله وحده والصلاة والسلام على من لا نبي بعده، أما بعد:

سبق الحديث في العدد الماضي عن الإجراءات المتبعة بإثبات النسب والقرابة وتأصيل ذلك فقهاً وفي هذا العدد يتم ذكر التأصيل النظامي لإثبات النسب والقرابة كما يلي:

لقد جاءت الأنظمة والتعليمات بإثبات النسب والقرابة كما يلي:

نصت المادة ٣٢ من نظام المرافعات الشرعية على أن من اختصاص المحاكم العامة إثبات النسب[١].

كما جاء التعميم رقم ١٤١ / ١٢ / ت في ٨ / ٩ / ١٣٩٩هـ المعطوف على خطاب سمو وزير الداخلية رقم ١٣٣٤٥ / ١ في ٩ / ٨ / ١٣٣هـ المعطوف خطاب إمارة منطقة مكة المكرمة رقم ٣١ / ٢٠٨٨ / ٥ / أ في ٢٠ / ٥ / ١٣٩٩هـ بشأن تسمية الأطفال مدهولي النسب تسمية رباعية على وفق لائحة الأطفال المحتاجين للرعاية الاجتماعية الصادرة بقرار مجلس الوزراء رقم ٦١٢ في ١٣ / ٥ / ١٣٩٥هـ[٢].

كما جاء التعميم رقم ١١٦ / ١٢ / ت في ١ / ٩ / ١٤٠٢هـ في المعطوف على خطاب سعادة وكيل وزارة الداخلية المساعد برقم ١٥٤٥٩ / ١هـ في ١٤ / ١ / ١٤٠٢هـ المتضمن الآتي:

١-عدم تكليف المواطنين الذين يتقدمون بطلب تزويدهم بحفائظ سعودية بالحصول على صكوك شرعية من المحكمة المختصة تثبت وفاة الأب أو الزوج قبل حصوله على حفيظة نفوس، وأن يكتفى في مثل هذه الأحوال بأخذ الإقرار اللازم على طالب الحفيظة بعدم أسبقية حصول والده على حفيظة نفوس، وتصديق هذا الإقرار من قبل الشهود والعمدة المختص تحت طائلة أحكام المادة ٢١ من نظام دائرة النفوس.

٢- أما بالنسبة لبقية المواضيع الأخرى التي يتطلب الأمر الرجوع فيها إلى المحكمة كإثبات

(١) نظام المرافعات الشرعية الصادر برقم م/٢١ في ٢٠/٥/١٤٢١هـ.

(٢) التصنيف الموضوعي ٥/٤٣٩.



حصر الإرث أو النسب، فيستمر العمل على ما كان عليه في السابق وذلك بطلب ما يستدعي لها[٣].

كما جاء التعميم رقم ١٢/ ٩٢/ ت في ٢٥/ ٥/ ١٤٠٤هـ المعطوف على خطاب صاحب السمو الملكي وزير الداخلية رقم ١١٤٤٤ في ٢٥/ ٤/ ١٤٠٤هـ المتضمن معالجة احتياجات المواطنين السعوديين لشهادات الميلاد لأطفالهم، وأنه يراعى في ذلك عدة إجراءات، ومنها الإثباتات الشرعية المتضمنة إثبات النسب والجنسية، وعدم أسبقية الحصول على أي وثائق[٤].

كما جاء التعميم رقم ٨/ ت/ ١٣ في ٥/ ٢/ ١٤١١هـ المعطوف على قرار مجلس القضاء الأعلى بهيئته الدائمة رقم ٤/ ٤٨٢/ ٤ في ٢٠/ ١٠/ ١٤١٠هـ المتضمن ما نصه: "أنه نظراً لما في إفساح المجال للمنازعات حول الأنساب من نتائج سيئة، منها إثارة النعرات والتشكيك في علاقات الأسر، وبعث وتنبيه دواعيه، وبث عوامل الفرقة من جرائه ما لم تدع الضرورة إلى ذلك كالمطالبة بأموال موروثة، وما يجري في هذا المجرى مما لا يتوصل إليه إلا بإثبات كنسب يخضع لمعرفة تسلسل الولادة الجامع إلى الجد، فإن المجلس بهيئته الدائمة يرى أن ما انتهى إليه القاضي بمثابة صرف النظر عن معارضة المعترض فقط، وأن هذا الصك لا يعتمد عليه في إثبات نسب أو قرابة، وأن على المحكمة التهميش على ضبط الصك وسجله بما ثبت على ظهره من المجلس، والتنبيه لمثل هذا الموضوع مستقبلاً". ولذا نأمل الإحاطة واعتماد الأخذ به كقاعدة عامة في مثل هذا الموضوع[٥].

كما جاء التعميم رقم ٨/ ت/ ١٢٢ في ٨/ ٨/ ١٤١٠هـ المتضمن منع المحاكم من النظر فيما ينهى إليها من بعض المراجعين بطلب إثبات نسبه إلى قبيلة أو أسرة إلا إذا ورد الطلب إلى

---

(٣) التصنيف الموضوعي ٥/ ٤٣٩-٤٤٠.

(٤) التصنيف الموضوعي ٥/ ٤٤١.

(٥) التصنيف الموضوعي ٥/ ٤٤٣.

المحكمة عن طريق دائرة حكومية مختصة كالأحوال المدنية[٦] سماحة الرئيس العام لإدارات البحوث العلمية والإفتاء والدعوة والإرشاد رقم ٥٩١٥ / ٢ في ١٣ / ٣ / ١٤١١هـ المتضمن ملاحظة التأكد في حالة إثبات النسب إلى قبيلة أو فخذ بالولاء، فإنه يقيد الإثبات بصياغة توضح الحقيقة، ولا تحتمل اللبس. وقد صدر بذلك قرار الهيئة القضائية العليا رقم ٧٣ في ٢٢ / ٢ / ١٣٩٤هـ. المؤيد من المقام السامي برقم ٦٣٣١ في ٢٦ / ٢ / ١٣٩٥هـ المعمم من قبل وزارة العدل برقم ٩٣ / ١٢ / ت في ٢٦ / ٤ / ١٣٩٥هـ المتضمن دراسة ما تقدم وتقرير أن انتساب الرقيق المحرر من قبل الدولة إلى مالكه السابق نسباً أو ولاء بأن يقال: إنه ابنه أو مولاه، لا يجوز شرعاً لقوله تعالى: ﴿ ٱدْعُوهُمْ لِآبَآئِهِمْ هُوَ أَقْسَطُ عِندَ ٱللَّهِ فَإِن لَّمْ تَعْلَمُوٓا۟ ءَابَآءَهُمْ فَإِخْوَٰنُكُمْ فِى ٱلدِّينِ وَمَوَٰلِيكُمْ ﴾الأحزاب: ٥ ولقوله صلى الله عليه وسلم: "من ادعى إلى غير أبيه وهو يعلم أنه غير أبيه فالجنة عليه حرام"ن وقوله صلى الله عليه وسلم: "لعن الله من تولى غير مواليه"، وقوله صلى الله عليه وسلم: "الولاء لمن أعتق" وترى الهيئة القضائية أن ينسب الرقيق المحرر من قبل الدولة إلى أبيه وجده نسباً إن عرف له أب وجد، وإن لم يعرف له أب وجد فيقال: فلان بن عبدالله أو ابن عبدالرحمن باعتبار أن كل إنسان هو عبدالله ثم يقال بعد ذلك: إنه مولى عتاقة الدولة، أو مولى عتقاة بيت المال، ويستوي فيما ذكر الذكور والإناث المحررون من قبل الدولة، مع اعتبار اختلاف التعبير عن الذكر والأنثى"[٧].

وقد جاء التعميم رقم ١٢ / ١٠١ / ت في ٣٠ / ٥ / ١٤٠٦هـ المعطوف على خطاب سمو نائب وزير الداخلية رقم أ م / ١٠٧٣٢ في ١٢ / ٤ / ١٤٠٦هـ المتعلق بشأن الطلبات التي تحال إلى المحاكم من الأحوال المدنية لإثبات الفخذ الذي ينتمي إليه بعض المواطنين، وأن هذا فيه إتعاب للمواطنين، وإشغال للمحاكم، وأن ذلك ليس من أعمال المحاكم الأساسية إلا في حالة وجود

(٦) التصنيف الموضوعي ٥/٤٤٤.

(٧) التصنيف الموضوعي ٥/٤٤٤.

معارضة أو دعوى من أحد في الفخذ أو الاسم الإضافي المراد إضافته، كما نص على ذلك خطاب فضيلة رئيس محاكم منطقة عسير رقم ١٠٤٤٤ في ٢٢ / ٩ / ١٤٠٥هـ وقد جاء في هذا التعميم بأنه لا يقال إلى المحاكم الشرعية إلا في الحالات لآتية:

١-تعديل أو تصحيح أي من فقرات الاسم للمواطن في حالة عدم وجود حفيظة لوالده، أو جده استناداً لقرار مجلس الوزراء رقم ٦٠٤ في ٢٥ / ١ / ١٣٩٣هـ.

٢- إضافة اسم الجد أو اللقب في حالة عدم وجود حفيظة والد المواطن الذي تحصل على حفيظة، واسمه ثلاثياً، لأن الغرض من الاعتماد على الصك الشرعي في مثل هذه الحالات عدم دخول الشخص على قبيلة أو عائلة ينتمي إليها.

٣- في حالة تطابق الاسم الرباعي لشخصين في حفيظتيهما يلزم إضافة اسم مميز لأحدهما؛ تفادياً لحدوث أي التباس نتيجة هذا التشابه في معاملاتهما الرسمية، أو شؤونهما الخاصة، وهذه حالات تستلزم التثبت والتيقن منها حتى لا يترتب عليها نتائج قد تسيء إلى الصالح العام، وإلى المواطن ذاته(٨).

كما جاء التعميم رقم ١٧٧ / ١٢ / ت في ١٩ / ٢ / ١٣٩٨هـ المعطوف على خطاب سعادة وكيل وزارة الداخلية للجوازات المدنية رقم ١٥ / ت / هـ في ١٨ / ٨ / ١٣٩٨هـ المتعلق بضرورة التأكد والتحقيق من صحة طلب من يتقدم لغرض تصحيح أو تعديل الاسم أو اللقب. وأن القواعد التي يتم بموجبها التصحيح أو التعديل قد نص في قرار مجلس الوزراء رقم ٦٤ في ٢٥ / ١ / ١٣٩٣هـ وفق الآتي:

أ- يتم التصحيح أو التعديل وفقاً لحفيظة الأب أو الجد بموجب صك شرعي يثبت الواقعة في حالة عدم حصول الأب أو الجد على حفيظة نفوس.

ب - الإعلان عن ذلك في إحدى الصحف الحلية التي تصدر في أقرب منطقة لمحل إقامة

(٨) التصنيف الموضوعي ٤٤٢/٥.

الشخص.

إلا أنه لوحظ عدم التدقيق والتحقيق من بعض فروع الأحوال المدنية في هذه الطلبات، وإحالة المتقدم للمحكمة الشرعية للحصول على صك شرعي لإثبات ما يدعيه قبل إجراء التحقيق في صحة الطلب لمن يدعي عدم وجود حفيظة لوالده أو جده، مما يجعل الإقدام على هذه الطلبات من قبل المواطنين يزداد بشكل غير طبيعي حصول القناعة التامة من مدير الأحوال المدنية بصدق دعواه.اهـ[٩].

كما جاء التعميم رقم ٢١٢ / ٢ / ت في ٣ / ١١ / ١٣٩٤هـ المعطوف على قرار مجلس الوزراء رقم ١٣٥٢ في ١٧ / ٩ / ١٣٩٢هـ بشأن الاختلاف الذي تعاني منه الرئاسة العامة لتعليم البنات في أسماء الطالبات، وطب تعميد وزارة العدل بإصدار التوثيق الذي تتطلبه إجراء تعديل الوثائق الدراسية العائدة للفتيات طبقاً للمستندات الرسمية الأخرى، وقد قرر المجلس ما يلي:

١- تعميد وزارة العدل بإصدار التوثيق الشرعي الذي تتطلبه إجراءات التعديل حفظاً لمصلحة الطالبات، ولعدم إتاحة الفرصة لاستغلال الوثائق الدراسية لغير أصحابها.

٢- يجب أن تؤكد الرئاسة العامة لتعليم البنات بين وقت وآخر على جميع منسوباتها بملاحظة الدقة عند تعبئة الاستمارات؛ بحيث تكون الاستمارة طبقاً للمستند الذي تعبأ بموجبه[١٠].

وقفة:

الإجراءات القضائية لإثبات النسب ولاقرابة لها التأصيل النظامي المحرر أعلاه، كما أن لها من الصيغ القضائية المتصلة بهذا الإجراء نماذج ومحررات سوف أذكرها بإذن الله في العدد القادم، والله الموفق وصلى الله على نبينا محمد وعلى آله وصحبه وسلم.

---

(٩) التصنيف الموضوعي ٢/٥٦٢-٥٦٥.

(١٠) التصنيف الموضوعي ٢/ ٤٣٠.

من أعلام القضاء

فضيلة الشيخ
سليمان بن محمد بن جمهور العدواني
قاضي رنية وأبها الأسبق

«١٢٦٥هـ - ١٣٦١هـ»

إعداد/ حمد بن عبدالله بن خنين

هنـاك رجال أوفيـاء مخلصين ممن ينتمـون لهذه البلاد، والتـي كانت لهم البصمـات التـي أسهمت في خدمة هـذا الوطن وأهله، مـن خلال جهودهم المباركة التي بذلوها من خلال المناصب التي تقلدوها إبان حياتهم يرحمهم الله، فهـؤلاء الرجال المخلصين لهم حق علينا لا بد أن نستذكرهم ونشيد بجهودهم المباركـة طالما أنهم يعيشون في ذاكرتنا.. ومن هؤلاء المغفور له بإذن الله فضيلة الشيـخ القاضي سليمان بـن محمد العدواني القاضي الأسبـق في رنية وأبها، مـن قبيلـة عريقة، ولد في جلاجل ومـات فيها، تلقى العلـم في بغداد والهند والزبير والرياض، كرّمه الملـك عبدالعزيز ومكنّه من القضاء، والتقى بالعلماء وحاورهم، وناصر الدعوة وساهم بالنصح والمشورة، كان عابداً زاهداً أنموذجاً في الأخلاق وحسن التعامل، وهذه نبذة بسيطة عنه، غفر الله له.

نسبه:

فضيلة الشيخ سليمان بن محمد بن سليمان بن منصور بن سليمان بن محمد بـن جمهور العدواني، يجتمع نسبه بالأمير الشهير الذي ناصر الدعوة السلفية في امتدادها الأول ثم راح شهيداً في سبيلها وهو الأمير عثمان بن عبدالرحمن بن عون بن جمهور، يجتمعان في جدهما – جمهور-.

مكانة قبيلته

كانت قبيلة عدوان إلى مطلع القرن الثالث عشر الهجري ثمانية عشر بطناً فلما وقعت الفتنة بين زعيمهم الأمير عثمان بن عبدالرحمن العدواني من أهل العيلايين قرية بالطائف ينتهي نسبة إلى قيس عيلان وكان صهراً للشريف غالب بن مساعد متزوجاً بأخت الشريف وكان من أكبر أعوان الشريف غالب وقواد جيوشه ولمّا انتقض الصلح الذي كان بين الإمام عبدالعزيز بن محمد بن سعود وبين الشريف عام ١٢١٧هـ فارق عثمان الشريف غالب وقَدِم الدرعية على الإمام وبايعه ثم رجع إلى الحجاز، ونزل قرية العيلايين بالطائف وتربة، ثم حاربه محمد علي باشا وهزمه وأسره وبعثه مكبلاً بالحديد إلى القاهرة، ثم بعث به إلى القسطنطينية وقتل.

بطون عدوان:

ذكر المؤرخين أنه وقع خلاف بين عثمان الشريف الملقب المضايفي وبين أشراف مكة بسبب انضمام عثمان إلى الدولة السعودية الأولى، فتفرقت على أثره بطون عدوان، فلم يبقى في مساكنهم شرقي الطائف بنحو ثلاثين كيلو متر سوى أربعة بطون أحد البطون الأربعة آل جمهور، من قبيلة عدوان بن عمر بن قيس عيلان بن مضر بن نزار بن معد بن عدنان، وهي قبيلة قيسية مضرية عدنانية، كانت منازل هذه القبيلة الطائف، فغلبتهم عليه قبيلة ثقيف إحدى قبائل هوازن، فنزحت عدوان إلى العلايين شرقي الطائف بنحو ثلاثين كيلو متراً، فسكنوا فيه ومنازلهم الحالية هي بعض من سوق عكاظ المشهور،

وكانــت عدوان قبيلة كبيرة إلا أنها منذ زمــان بعيد قلت وضعفت، ورئس هذه القبيلة منصور بــن محمد بن عبدالله بن الأمير عثمان العدواني المشهور بلقب المضايفي الذي كان وزيراً للشريف غالب، ثم انشرح صدره للعقيدة السلفية، فصار من أكبر أعوانهــا في طورها الأول، فكان أمير الجيش الذي فتح الطائف من قبل الإمام عبدالعزيز بن محمد آل سعود.

ولادته ونشأته وتعليمه:

المترجم له نزح أهله إلى نجد، فسكنوا في بلدة جلاجل، إحدى بلدان سدير، فولد فيهــا عام ١٢٦٥هـ، ونشأ فيها، وأخذ فيها مبادئ الكتابة والقراءة ثم حفظ القرآن الكريم، ثم سافر إلى العراق فأقام في بغداد.

معلميه في بغداد:

١-نعمان الألوسي: كان أشهر علمائها السيد نعمان بن محمود الآلوسي أبو البركات واعظ فقيــه باحث، من أعلام الأسرة الألوسية في العراق، ولد ونشأ في بغداد وولي القضــاء في بلدات متعددة، وزار مصر وقصد الأستانة، كلف على التدريس والتنصيف، له جلاء العبينين في محاكمة الأحمدين، والجواب الفسيح لما لفقه عبدالمسيح وعلى معاد به وسقائف النعمان وغيرها، وهو رئيس المدرسين وابن أخيه السيد محمود الألوسي أبو المعالي.

٢-محمــود الألوسي: مؤرخ عالم بالأدب والدين من الدعاة إلى الإصلاح، ولــد في رصافة بغداد، له ٥٢ مصنفــاً، منها: بلــوغ الأرب في أحوال العرب

وأخيـار بغداد وما جاورها من القرى والبلاد والمسلـك الأذر في تراجم علماء القرن الثالث عشر وأمثال العوام وما دل عليه القران مما يحضر الهيئة الجديدة.

تعليمه في العراق وتجارته في الهند:

تلقى المترجـم له العلم في بغداد حتى أدرك نصيباً منـه، ثم سافر إلى الهند وتعاطـى التجارة هنالـك، ثم عاد إلى العراق فحـل في مدينة الزبير التي تعج بفقهاء الحنابلة وأشهرهم يومئذ الشيخ محمد بن عوجان، فشرع المترجم له في الأخـذ عنه في الفقه، فقرأ عليه الفقه والفرائـض والنحو، فأدرك من ذلك كله إدراكاً طيباً حتى صار من طلاب العلم المجدين.

اشعاره في المدح:

صادف ذلك الزمن العداوة والفتن قائمة بين حاكم الكويت مبارك بن صباح وآل رشيد وكانت الحرب بالسلاح ومن وراء ذلك الحرب الكلامية، فكان لكل حـكام شعراء الشعر الشعبي، فكان المترجم له مـن أنصار آل رشيد فأصفاهم مدائحـه بقصائد جياد ورد على شعراً ضدهم، ومن أبلغ قصائده تلك القصيدة الرائعة على شاعر الكويت حمود بن ناصر البر والقصيدة مطبوعة في السلسلة التي يؤلفها الأستاذ عبدالله الخالد الحاتم الكويتي في الشعر الشعبي.

قدومه للرياض وتكريم الملك عبدالعزيز له:

لما استقر الحكم للمغفور له الملك عبدالعزيز رحمه الله وزالت تلك الدعايات

التي شوهت العقيدة السلفية التي أحياها الإمام الشيخ محمد بن عبدالوهاب رحمه الله عاد المترجم له إلى بلاده نجد، فحل بالرياض واجتمع بالعلاّمة الشيخ عبدالله بن عبداللطيف فعرفه بالملك عبدالعزيز كما عرفه بالمشايخ وطلاب العلم، وأكرمه الملك عبدالعزيز كعادته في إكرام أهل العلم، وأمر جلالته بإنزاله في بيت وتأثيثه له وإجراء نفقات لائقة به، كما باحثه أهل العلم وصار له معهم اجتماعات عَرف من خلالها صحة هذه الدعوة ونقاوتها وبعدها عن الخرافات والبدع، فدخلت في قلبه وصار هو من أكبر دعاتها.

تعيينه في القضاء:

عيّنه الملك عبدالعزيز قاضياً في بلدة رنية ومكث فيها عدة سنوات، ثم عينه بعد ذلك مرشداً في عاصمة هجر العجيمان، ثم جعله مستشاراً شرعياً في مكة المكرمة بجانب سمو نائب جلاِلته على الحجاز، ثم عينه قاضياً في مدينة أبها عاصمة بلدان عسير وما يتبعها، وكان من أوائل قضاة أبها من قبل الملك عبدالعزيز حيث أتى بعده الكثير، ومنهم الشيخ عبدالعزيز بن عبدالرحمن الثميري عام ١٣٥٥هـ وعبدالله بن يوسف الوابل عام ١٣٦٠هـ والشيخ عبدالعزيز بن محمد العريفي عام ١٣٦٠هـ والشيخ عبدالله بن سليمان الحميد عام ١٣٦٢هـ والشيخ فيصل بن عبدالعزيز آل مبارك والشيخ عبدالله بن عبدالعزيز بن عيدان عام ١٣٦٩هـ وغيرهم.

تقاعده:

طلب الإعفاء لتقدم سنِّه، فأُعفي عن العمل، وفي كل هذه البلدان التي عمل

فيهـا يقوم بالوعظ والإرشـاد والدعوة إلى عقيدة السلـف وزادت دعوته بعد تقاعده ويوجد له خطب مدونة وحكم مأثورة وأمثال مقبولة.

وفاته:

بعـد أن أُعفي من العمل استقـر في مسقط رأسه بلده جلاجـل، فأقام فيها حتى تـوفي فيها عام ١٣٦١هـ، بعـد عمر مديد قضاه في طلـب العلم ونشره وفي عبـادة الله والدعوة إليه وخدمة عباده بالنصح والمشورة والتوجيه والقضاء العـدل والخاتمة الحسنة، رحـم الله شيخنا العابد الزاهـد والعالم الجليل رحمة واسعة وأسكنه فسيح جناته.

أخلاقه وصفاته:

كان رحمـه الله عف اللسان، كريم المنطق، من أبعـد الناس عن الغيبة وسوء الظن والخوض في الخصومات، حريصاً على جمع الكلمة ورأب الصدع. كان إماماً في العبادة والتقوى وورعاً في المال والتعفف عن المغريات، كثير الإحسان إلـى الناس يسعى في مصالحهم ويقضـي ديونهم ويعين فقيرهم ويصلح ذات بينهـم ويجيب دعوتهم ويشفع لمحتاجهم، وكان إماماً في العلم والفقه تحصيلاً وفهمـاً وتكييفاً، ثم صار إماماً في التعليم بذلاً وتوفراً ومداومة وتفهيماً، كما أنه إمامـاً في الإصلاح والاحتساب والأمر بالمعروف والنهي عن المنكر مع المداراة واللطف والحكمة وتقديـر المصالح والمفاسد، كم جرى بعد وفاته رحمه الله من محـن وخطوب يتمنى المرء أن لو ظفر منـه بجواب مسألة وكشف شبهة وفي

الليلة الظلماء يفتقد البدر.

فتح بابه وقلبـه للناس، واستوعبهم بحبه وعطفـه وحسن تعليمه لهم وحب الخير لكبيرهـم وصغيرهم، ما كان يستعصى عليه إنـكار منكر مهما كان، لأنه كان ينكره بكل الحب واللطف واللين والحرص على هداية العاصي، كان الأهم الأبرز في جيله وعصره. ففي كل ملمة يفزعون إلى رأيه ومشورته.

هكذا هـم العلماء الربانيون، وهكـذا يكون أثرهم، وهكـذا يكون الفراق والفقـد ووجع رحيلهم، رحمة الله على هـذا الشيخ الذي بذل حياته في العلم والتعليم والعبادة والنصح لله ولرسوله صلى الله عليه وسلم، وبالله التوفيق.

لقاء العدد

فَضِيلَة الشَّيخ
مُحَمَّد بن علي بن زُهِير البارقيّ

القَاضِي الأسبق بمحكمة الاستئناف في أبها

أجرى الحوار : حمد بن عبدالله خنين:

نشأ يتيماً، وتعلم في الكتاتيب، واعتنى بالقرآن حفظاً وتلاوة وتجويداً، درس الابتدائية في مدرسة تحفيظ القران، ثم المعهد العلمي لمرحلتي المتوسط والثانوي، والتحق بكلية الشريعة وتخرج منها، فعين في القضاء ملازماً في محكمة أبها، فقاضياً في قنا ثم الأمواه ثم المجاردة، وأخيراً في استئناف أبها، حيث دام ٤٠ عاماً في القضاء، عرف بالفضل في طلب العلم للشيخ عامر بن علي البارقي والشيخ محمد بن سنان والشيخ عبد العزيز بن باز وغيرهم، تميز في الخطابة والإمامة وإلقاء الدروس الفقهية وخاصة في علم المواريث. كان يمارس أسلوب النصح في عملة القضائي باللين والحكمة والصبر والتأني والاستعانة بأهل الخبرة والوقوف على موقع النزاع، وكان لا يتعمد إيذاء المتهم في القضايا الجنائية، ودائماً ما يذكره بأن الجزاء ربما يكون كفارة لما اقترفه، ويقوم بنصحه بعدم تكرار الخطاء، وكثيراً ما تحصل بأسلوبه القناعة بالحكم، فنال ثقة المتخاصمين حيث خرج من القضاء وله أصدقاء اغلبهم ممن نظر في قضاياه، وكانوا يعاهدونه بالزيارة ويدعون له ويأخذون براية ومشورته في كثير من الأمور، فأصبح بأخلاقه ومعاملته أنموذج القاضي المثالي.

طرحنا عليه من الأسئلة التي استطاع فيها أن يبدع في الإجابة بكل ثقة واقتدار، مقارناً بالقضاء الحديث عن السابق، ومقدماً أراء سديدة من واقع تجربته القضائية، كان يشدد على استغلال وقت الدوام بإنجاز الكثير من القضايا، وكان يلوم من يؤخر الإنجاز ويسوف بحجج واهية، مذكراً أن القضاء في هذا الزمن أصعب بكثير من الزمن السابق لما استجد من نوازل وأحداث وصعوبة قناعة الناس ووجود الكم الهائل من القضايا وتنوعها، وأشاد بدور وزارة العدل بالنهوض بالقضاء ومرافقه، والسعي إلى إحداث ثورة عارمة نقلت القضاء إلكترونياً وتقنياً، وختم بشكر مجلة العدل التي أعادته للأذهان ونقلت وجهة نظره وتجربته.

وإليكم ما ورد معه من حوار:

*** عرفونا بشخصكم الكريم وميلادكم ونشأتكم؟**

- الاسم: محمد بن علي بن زهير البارقي.

المولد: بقرية الفرعة بمحافظة بأرق في منطقة عسير عام ١٣٦٤هـ، وقد نشأت يتيما حيث توفي والدي رحمه الله رحمة واسعة وأنا صغير وتولت تربيتي والدتي تغمدها الله بواسع رحمته وساندها شقيقها خالي محمد بن أحمد البارقي حيث كان بي رحيما ويتحلى بصفة الجود والكرم، وهو من حكماء قبيلتنا ووجهائها ونوابها وتسمى: قبيلة آل موسى، وهي من أهم القبائل ببأرق.

*** حدثونا عن مراحل تعليمكم؟**

- عندما بلغت سن التمييز ألحقني خالي بكتّاب كان ببلدنا وكان يتولى التدريس فيه الشيخ عامر بن علي القباضي البارقي وقد تعلمت في هذا الكتّاب مبادئ القراءة والكتابة، وفي

• اجتزت امتحان قبولي في المعهد العلمي بالرغم من عدم حمل الشهادة الابتدائية

• الشيخ عامر بن علي البارقي صاحب الفضل علي في التعليم

عام ١٣٧٩هـ سافرت بصحبة الشيخ عامر بن علي المذكور إلى مدينة الرياض والتحقت بمدرسة تحفيظ القرآن الكريم التي كان يشرف عليها ويديرها الشيخ محمد بن سنان رحمه الله حيث تعلمت تلاوة القرآن وتجويده وحفظه، وفي آخر عام ١٣٨٠هـ عدت لبلدتي ببأرق تلبية لرغبة والدتي، وقد منحني سماحة الشيخ عبدالعزيز بن باز مكافأة شهرية قدرها مئة ريال لأقوم بإمامة مسجد قريتنا وأخطب فيهم الجمعة، وفي بداية عام ١٣٨٢هـ عدت لمدينة الرياض صحبة الشيخ عامر بن علي سالف الذكر، وعدت لمدرسة تحفيظ القرآن وبقيت بها حتى نهاية العام، وفي هذه الفترة

التحقــت بمدرسة ليليــة حيث تم قبولي بالصــف الخامســ، وعند نهايــة العام أكملت حفظ نصف القرآن مع تجويده، ونجحت من الصف الخامس إلى الصف السادس في المدرسة الليلية.

وفي إجــازة الصيف مــن نفس العام تقدمت بطلب لسماحــة رئيس الكليات والمعاهد العلميــة الشيخ عبداللطيف بن إبراهيم آل الشيخ طلبــت فيه أن يجرى لي امتحانا ويتم قبولي في المعهد العلمي وقد وافــق سماحته وقبل معي ما يقارب سبعين طالبــاً لا نحمل الشهادة الابتدائية التي يشترط وجودها للقبول في المعهد، وتم اختبارنــا فعــلا ونجح منــا إثنا عشر

• منحنــي الشيخ ابن بــاز مكافأة لإمامة المسـجد في بـأرق وتعليم أهل بلدتي

• الشـيخ محمد بن سنان منحني الكثـير مـن الحوافـز لمواصلـة دراستي

طالباً كنت في الترتيب الثاني منهم، وتم قبولي بالمعهــد العلمــي بالرياض حيث واصلــت الدراسة فيه، ثــم التحقت في كلية الشريعــة بالرياض حيث تخرجت فيها عام ٩١ / ١٣٩٢هـ.

*** مــن تذكرون مــن مشايخكم؟ وأبرز زملائكم؟**

- ممــن أعترف لهــم بالفضل والجميل بعد الله الشيخ عامر بن علي الذي أشرت إليه سابقاً فقد شجعني على التعلم، كما اصطحبني معه إلــى الرياض وأسكنني معه في داره حيث كانــت زوجته أختي من الرضاع وتولــى الإشراف والإنفاق علــي حتى تم التحاقــي بالمعهد العلمي، وقد سهل هذا التصرف مهمتي في طلب العلم حيث كانت الحياة في ذلك الوقت صعبة على الطلاب المغتربين، يأتي بعد ذلك الشيخ محمد بــن سنان، فقد كان يراعي ظروفي، ويعطيني حوافز لضمان استمراري في الدراسة، وكنت من الطلبة

المتميزين في التلاوة، فكان يقدمني لتلاوة القرآن في احتفالات المدرسة وقد كان رحمه الله ذا دين وخلق رحيماً ناصحاً حازماً، وممن شملوني بعطفهم سماحة الشيخ عبدالعزيز بن باز رحمه الله رحمة واسعة، فقد كان يساندني ويحثني على طلب العلم ويمنحني بعض الهبات والمساعدات المالية، مما دفعني إلى مضاعفة جهدي رغم الصعوبات التي تواجه الطلاب المغتربين من خارج مدينة الرياض ، وكنت حريصا على حضور دروسه، ومن مشايخي الشيخ صالح العلي الناصر والشيخ عبدالرحمن البراك والشيخ مناع القطان والشيخ عبدالرحمن الأطرم وغيرهم، ومن الزملاء الشيخ محمد بن حسن الناشري رحمه الله والشيخ عبدالواحد القحطاني والشيخ سليمان الربعي وغيرهم كثير لا تحضرني أسماؤهم.

*** ماذا عن سيرتكم العملية في القضاء؟**

• نلت كثيراً ثقة أغلب المتخاصمين بالإقناع والحوار

• محاكم قنا والأمواه والمجاردة واستئناف أبها محطاتي القضائية

- منذ مباشرتي للعمل القضائي عودت نفسي على الصبر والتأني وعدم الاستعجال قبل استيفاء إجراءات القضية وأستعمل أسلوب النصح باللين والحكمة وإن كان النزاع على عقار، وهو الغالب في المحاكم التي عملت بها أنتقل إلى محل النزاع وأستعين بأهل الخبرة من الجهة التي بها موقع النزاع وعند ذلك تتضح الرؤية وغالبا تنتهي القضايا بالصلح وإن كانت القضية جنائية وأصدرت فيها حكما جزائيا فإني أوضح للمحكوم عليه أنني لم أتعمد إيذاءه ولكن لا بد من الحكم بمجازاته لقاء ما اقترفه من خطأ حسب شرع الله وأوضح له أن الجزاء ربما يكون كفارة لما اقترفه من

إثم وأنصحه بالتوبة وعدم تكرار الخطأ لمصلحة نفسه وكثيرا ما تحصل القناعة بالحكم، وقد نلت بهذا الأسلوب ثقة أغلب المتخاصمين وخرجت من القضاء ولي أصدقاء كثيرون أغلبهم ممن نظرت لهم قضايا يقومون بزيارتي ويدعون لي ويأخذون رأيي ومشورتي في الكثير من قضاياهم أحمد الله على ذلك.

*** ما هي المحاكم التي تم تعيينكم فيها؟**

- في ١ / ٧ / ١٣٩٢هـ تم تعييني ملازماً قضائياً برئاسة محاكم منطقة عسير، وقد استفدت من رئيسها آنذاك فضيلة الشيخ إبراهيم الراشد الحديثي وابنه الشيخ محمد بن إبراهيم الحديثي، وبعد سنة صدر القرار بتعييني قاضياً بمحكمة قنا بتهامة منطقة عسير وباشرت العمل بها في بداية عام ١٣٩٤هـ ومكثت أعمل فيها حتى تاريخ ٢٠ / ١٠ / ١٤٢٤هـ، حيث تم نقلي إلى محكمة الأمواه

• في قنا عشت في غرفتين من الحجارة واحدة محكمة والأخرى سكن

• القضاء في هذا العصر أصعب منه في السابق لكثرة وتنوع القضايا وصعوبة إقناع الناس

ومكثت بها ما يقارب سنتين ونصف السنة، ثم حصل نقلي إلى المحكمة العامة بمحافظة المجاردة وعملت بها حتى تاريخ ١٠ / ٥ / ١٤٣١هـ، حيث تمت ترقيتي إلى قاضي استئناف وباشرت العمل بمحكمة الاستئناف بمنطقة عسير حتى بلغت السن النظامية للتقاعد، حيث حصلت إحالتي للتقاعد بتاريخ ١ / ٧ / ١٤٣٤هـ.

*** هل من عمل أو نشاط مارستموه بجانب عملكم وبعد تقاعدكم؟**

- كنت أقوم بالدعوة إلى الله من خلال إلقاء بعض المحاضرات الدينية بالإضافة إلى الإمامة وإلقاء خطب

الجمعة ولا زلت إلى هذا التاريخ أعد خطب الجمعة وألقيها، كما كنت أقوم ببعض الدروس في المسجد منها دروس للطلبة في علم المواريث في الشريعة الإسلامية.

*** ما الفرق بين القضاء في السابق والزمن المعاصر؟**

- القضاء في السابق كان من ناحية نوع القضايا وكمها أسهل منه اليوم ولكنه من ناحية صعوبة الحياة ووعورة الطرق وانعدام وسائل النقل ووسائل الراحة للقاضي كان أكثر مشقة فالقاضي إذا عين خارج المدن الكبرى فإنه ينقطع عن الناس ويجد صعوبة في المعيشة ولا تتوفر له وسائل النقل ولا توجد وسائل اتصالات مثل الهاتف أو الجوال ولا يوجد سكن مريح ولا محل عمل مناسب، وأذكر أنني عندما باشرت العمل بمحكمة قنا وجدت المحكمة مكونة من غرفتين مبنية من الحجارة ومسقوفة بالخشب والطين، وقد خصصت إحدى هاتين الغرفتين للمحكمة يعمل بها القاضي وجميع الموظفين والغرفة الأخرى لسكن القاضي وعائلته وقد بقيت أعمل وأسكن مع عائلتي بهذا المبنى بضعة سنوات لأنه لا يوجد مباني أفضل ولا يوجد مستشفى ولا حتى مركز صحي ولا كهرباء، أما الآن فوسائل الراحة موجودة والمباني حديثة وواسعة والقرى أصبحت تضاهي المدن تتوفر بها جميع متطلبات الحياة.

• تعدد محاكم الإستئناف خطوة في الاتجاه الصحيح

• قضايا الأحوال الشخصية من أصعب القضايا فتحتاج إلى قاضي متخصص ومتفرغ

غير أنه اختلف نوع القضايا وتشعبت وكثر كمها واختلفت طرق التوثيق ووجدت القضايا الكبيرة المعقدة، مثل قضايا الشركات والمساهمات وقضايا

الإرهـاب وقضايـا العقـار والمخدرات والقضايا المعلوماتية وغير ذلك، وأصبح النـاس لا يحترمـون القاضي ولا يثقون بإجراءاتـه ولا يقنعـون بحكمـه ووجد المحامون واستحدثـت أنظمة وأمور لم تكن موجـودة في السابق، وذلك نتيجة للتطـور الحاصـل في المملكـة، ووجود الملايين من الوافديـن الذين جاؤوا من أقطـار متعـددة حاملين معهـم عاداتهم ومعتقداتهم، ونظرا لما استجد من قضايا وعدم قناعة الناس بمـا يصدره القاضي ووجود الكم الهائل من القضايا وتنوعها، فالقضـاء في هذا العصر أصعب منه في السابق، ومن ناحية صعوبة المعيشة فهو في السابق أصعب منه اليوم.

ويحتاج القضاة في هـذا العصر إلى التدريـب على مـا استجد مـن قضايا وأنظمة وطرق التوثيق، ووزارة العدل لم تقصر في هذا الجانب، وفق الله العاملين فيها إلى كل خير وسدد خطاهم.

• **محاكم الانهاءات تميز فريد لتوثيق شرعي**

• **ألاحظ أن القاضي إذا وعد بالنقل يؤجل القضايا الصعبة!**

*** مـا رأيكم بزيادة محاكـم الاستئناف والتوسع الذي حصل لها؟**

– هـذه خطـوة مباركة قـام بها ولاة الأمر وفقهم الله، وتولـت وزارة العدل مشكـورة الإشـراف عليهـا وتنفيذها، وقد خفف هذا الإجراء المشقة التي كان يعاني منها المواطنون من تكدس القضايا وتأخرها لدى محكمتي التمييز بالرياض ومكـة المكرمـة، وخففـت عنهـم عناء الأسفار إلى هاتـين المحكمتين، وساهم تعدد هـذه المحاكـم في جميـع مناطق المملكة في سرعة إنجاز القضايا.

*** مـا هي نظرتكم حيـال فصل قضايا الأحـوال الشخصيـة عـن القضايـا العامة؟**

– هـذا عمل جيد، فقضايـا الأحوال

الشخصية من أصعب القضايا وتحتاج لأن يتولى النظر فيها قاض متخصص ومتفرغ لها حتى يستطيع الإحاطة بكل جوانبها وحتى يبذل جهدا أكبر في الصلح والتوفيق بين الطرفين، حيث يصعب توفر البينات ويتعذر أخذ الأيمان في الكثير من هذه القضايا، ويترتب على تأخر البت فيها أضرار وخصوصا القضايا الزوجية مثل قضايا النفقة والحضانة والخلع، ووجود قاض متخصص في هذه القضايا يسهل حلها ويعين القاضي على الإبداع في مجال تخصصه بدلاً من تشعب الأفكار وتنوع القضايا وتزاحمها، مما يكون سببا في تأخر النظر في هذه القضايا رغم أهميتها والتي تحتاج لصبر وحكمة وتعقل.

*** هل ترون تخصيص محاكم إنهاءات لتخفيف العبء على القضاة للنظر في القضايا؟**

- لو حصل ذلك لكان خيرا فهذه

• الأنظمة الحديثة للقضاء أسلوب تنظيمي رائع وخريطة طريق للقاضي

الإنهاءات والنماذج التي لا حصر لها تشغل القاضي عن النظر في القضايا المهمة، ولو خصصت محاكم لها ولو على الأقل كلف بها قاض من قضاة المحكمة يكون متفرغا لهذه الإنهاءات، ويتفرغ البقية لنظر القضايا العامة التي يتأخر البت فيها بسبب انشغال القضاة بهذه النماذج لكان عملا جيدا مع دعم المحاكم بزيادة قضاة.

*** ماذا عن قضاء وقت فراغكم بعد التقاعد وبما تنصحون به؟**

- عندي مكتبة في المنزل أقضي فيها بعض الوقت للقراءة وإعداد خطب الجمعة لأنني إمام مسجد جامع، وجزء من الوقت أخصصه لتلاوة القرآن الكريم وقراءة تفسيره، وباقية أقضية في أشغالي الخاصة، وأحيانا أخرج بأهلي للتفسح

والاستجمام.

أنصح من أحيل للتقاعد أن يشغل وقته في القراءة وخاصة قراءة القرآن وتفسيره إذا كان مستطيعا، وأن يجعل له عملا يقضي فيه جزء من وقته ويجعل بعض وقته لأسرته لقضاء حاجاتهم والترويح عنهم.

*** ماذا عن علاقاتكم بزملائكم وأسرتكم وعموم الناس بعد التقاعد؟**

- على أحسن حال والحمد لله فبالنسبة للزملاء فالتواصل بيننا مستمر ونتبادل الزيارات ونناقش ما نرى أنه جديد من الأحداث.

أما أسرتي فهم جزء مني ولهم في نفسي المكانة العالية، وهم زوجتي وأم أولادي، تزوجتها وأنا طالب في المعهد، ولم أتزوج غيرها، ولي منها أربعة أبناء أحمد وعامر وعلي وعبد المحسن، ثلاثة منهم نالوا الشهادة الجامعية من كلية اللغة العربية بجامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية ويعملون بالتدريس بالمعاهد العلمية، وأصغرهم عبدالمحسن مبتعث لدراسة الماجستير بالولايات المتحدة الأمريكية، والبنات ثمان جميعهم تخرجوا من الجامعة عدا أصغرهن هي طالبة بالثانوية.

أنا أرحمهم واحنوا عليهم، وأسأل الله لهم التوفيق والثبات، وأجمل الأوقات بعد الذي أقضيه في العبادة هو الذي أقضيه معهم وهم بخير وسعادة.

أما علاقتي مع الناس فحسنة وآمرهم بالمعروف وأنهاهم عن المنكر وأزور المريض وأعزي المصاب وأحضر مناسباتهم وأدعوهم في مناسباتي وأنزل كل منزلته وأجد منهم القبول والاحترام.

*** ماذا عن تعدد الأنظمة وضعف التطبيق؟ وهل من ضرورة وجود رقابة على آلية التطبيق؟**

- الأنظمة أوجدت لخدمة المجتمع

وتسهيل معاملاته وقضاء حوائجه بيسر وسهولة وضعف التطبيق ناتج عن عدم الخبرة والإلمام بهذه الأنظمة فأغلبها حديثه ومنذ زمن يسير لم تكن موجودة ولا معروفة ويتطلب الأمر وقتاً حتى يلم بها الموظفون ويحسنوا التعامل معها ووجود الرقابة ضروري لتلافي جهل الجاهل والأخذ على يد المتلاعب فليس كل الناس لديهم الأمانة في العمل، لابد من وجود مهمل وإذا أمن العقوبة زاد إهماله وتضاعف ضرره على الناس.

*** جدوى محاكم التنفيذ، وهل استطاعت أن تحقق الأهداف؟**

- لم يمض الوقت الكافي على إحداث هذه المحاكم ومع ذلك فسمعتها لدى الناس طيبة وتحتاج لدعم وزيادة عدد القضاة والموظفين حتى تشمل خدماتها أنحاء المملكة.

ووجودها أمر مهم، فكون تنفيذ الحكم يكون من قبل قاضي ملم بالأحكام الشرعية جيد، ولو ضمت إدارة السجون إلى هذه المحاكم لكان أجدى وأسرع في التنفيذ ويسهل على القاضي الاطلاع على أحوال السجناء ومعاملاتهم.

• مشروع تطوير القضاء أدى إلى نتائج جيدة في النهضة العدلية

• تقنية المعلومات أدت إلى رقي وانجاز الأعمال وسهلت الحصول على الخدمات بكل دقة

*** نظرتكم للتطور التقني للمحاكم؟ وهل لمستم بعدا استراتيجياً في تسهيل إجراءات التقاضي؟**

- لا شك أن ثورة الاتصالات وتقنية المعلومات وتقدم الحاسوب أفادت في الرقي والإنجاز في أعمال الدوائر الحكومية والخاصة وسهلت على المواطن ومكنته من الحصول على خدمات هذه الدوائر في

يسر وسهولة وكانت وزارة العدل سباقة إلى الاستفادة من تطبيق هذه التقنية في الوزارة والدوائر الشرعية إلى أقصى حد ممكن، ويعد ما قامت به الوزارة نقلة كبرى للرقي بالخدمات وتسهيل إجراءات التقاضي وقضى على المعاناة التي كان يعانيها القضاة وكتاب العدل وكتاب الضبط من العمل اليدوي في الضبوط والسجلات، كما يسر حفظ المعلومات وسهولة مراجعتها في وقت قياسي، ومكن المسؤولين بالوزارة والمجلس الأعلى للقضاء من متابعة أعمال الدوائر الشرعية وإبداء الملاحظات عليها إذا استدعى الأمر ذلك، وسهل على المواطنين متابعة معاملاتهم دون عناء.

ووزارة العدل تشكر على ما قامت به والذي من شأنه أن يعود بالنفع على منسوبي الوزارة والمواطنين وقد ظهرت

• استغلال وقت الدوام يقضي على تأخر القضايا وسرعة انجازها

• ضرورة عدم تمكين القاضي من الإجازة والندب والنقل حتى ينهي ما لديه من قضايا ومعاملات

نتائج تطبيق هذه التقنية في زيادة إنتاج عمل المحاكم مع الدقة في إجراءات التقاضي وتسهيلها.

*** لماذا تحتاج قضايا النفقة والطلاق والحضانة إلى وقت طويل من الأخذ والرد؟**

- السبب في ذلك لأن ما بين الزوجين من علاقات أمور خفية لا يطلع عليها كل الناس بل حتى أقرب الناس منهما لا يعلم من هو المحق منهما ومن هو المبطل ويصعب إيجاد البينات في حق القضايا الزوجية، وفي الغالب لا يعرف حال الزوجين من ناحية الغنى والفقر والذي يترتب عليه تقرير النفقة

ولا يعلم الأصلح للحضانة إلا بأن يتحرى القاضي ويتأنى حتى تتضح له الرؤية وكذا لا يعلم متى يكون الطلاق هو الحل الأمثل للقضية ومن هنا لابد أن يتأنى القاضي ويستعين بأقاربهما وبالحكمين عملا بالآية الكريمة في حالة حصول الشقاق بين الزوجين، وهي قوله تعالى: ﴿ وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَٱبْعَثُوا۟ حَكَمًا مِّنْ أَهْلِهِۦ وَحَكَمًا مِّنْ أَهْلِهَآ إِن يُرِيدَآ إِصْلَٰحًا يُوَفِّقِ ٱللَّهُ بَيْنَهُمَآ ۗ إِنَّ ٱللَّهَ كَانَ عَلِيمًا خَبِيرًا ﴿٣٥﴾ ﴾ النساء: ٣٥ .

ولأن التسرع في الحكم بالخلع أو إلزام الزوج بالطلاق قبل التعرف على أسباب الخلاف ومحاولة الإصلاح ولم الشمل لا ينبغي، لأن الانفصال يترتب عليه أضرار نفسية وخاصة على الأولاد لمن لهما أولاد.

*** حدثنا عن تطور المحاماة والجديد فيه والأفكار التي تخدم مسيرتها؟**

- المحاماة هي الترافع عن الغير أمام المحاكم ويعتبر وكيلا يلزم لقبوله في الترافع عن الغير ما يشترط في الوكيل الشرعي والجديد أنه صدر نظام للمحاماة بموجب المرسوم الملكي رقم م / ٣٨ وتاريخ ٢٨ / ٧ / ١٤٢٢هـ يوضح ما للمحامي وما عليه وما يشترط لامتهان هذه المهنة.

• صراخ المتخاصمين وهم قريبين من بعض دليل على تباعد القلوب

• من إيجابيات المحامي مساعدة القاضي على إنهاء القضية والحكم فيها

وإذا صدق المحامي وجعل مخافة الله نصب عينيه وجعل هدفه إقامة العدل وإحقاق الحق فهو عون للقاضي في إنجاز عمله، لأنه يستطيع تحرير الدعوى واستيفاء الأدلة وبسطها أمام القاضي وذلك بلا شك يساعد القاضي في سرعة فهم القضية والحكم

فيها، حيث أن تأخر البت في القضايا وخاصة في القرى السبب الأول فيه عدم استطاعة المدعى تحرير الدعوى أو عدم استطاعة المدعى عليه أن يجيب إجابة ملاقيه لأنهم لا يجيدون التقاضي ويجهلون الأنظمة وعلى القاضي أن يحترم المحامي المستقيم ويعتبره عونا له، وعلى المحامي أن يتق الله ولا يجعل هدفه الكسب المادي واستغلال ضعاف الناس قاصري الحجة والتحايل عليهم وإلا كان كسبه حراما وعمله وبالا عليه ومن المشاكل التي تواجه المحامين أن بعضهم لا يحسن التعامل مع القضاة، فيحضر إلى المحكمة متعاليا معتدا بنفسه لا يوقر القاضي ولا يعطه حقه من الاحترام، مما يجعل القاضي يتضايق منه ويشعر أنه يريد أن يفرض إرادته عليه فيحصل التنافر بين الاثنين، والواجب على المحامي أن يحضر أمام القاضي باحترام ويدلي بحجته بأدب وعلى القاضي أن يسمع منه وينزله منزلته، ويعلم أنه عونا له في إحقاق الحق وبهذا التعامل تزول أغلب المشاكل.

*** حبذا إعطاءنا لمحة عن قضاء الاستئناف من حيث النشأة والدوائر ونوعية القضايا؟**

- من المعلوم أن قضاء الاستئناف شهد نقلة كبرى بعد صدور أمر خادم الحرمين الشريفين بتطوير مرفق القضاء فلم يكن يوجد بالمملكة إلا محكمتين، أما الآن فتوجد محكمة استئناف في كل منطقة، كما جرى تحديث أنظمة الاستئناف واستعمال النظام الآلي مما يسر على القضاة سرعة إنجاز القضايا وقد تعددت الدوائر وتنوعت بتنوع القضايا من حقوقية وأحوال شخصية وإنهائية وجنائية حيث خصص لكل نوع من هذه القضايا دائرة أو أكثر.

إن من أهم الموضوعات التي ينبغي أن يُعنى بها في القضاء، المصطلحات القضائية؛ حيث كثر في زمننا التقاضي وتطورت العبارات، مع تقدم القضاء في دولتنا إدارياً، و كثر في الواقع التفنن في الجرائم؛ فأصبح لها أسماء ومصطلحات خاصة؛ فكان لمعرفتها والإحاطة بها حسب المعمول به حاجة مهمة لكل من له صلة بالقضاء، حيث لا يخفى أثر المفاهيم على الأحكام؛ إذ الحكم على الشيء فرع عن تصوره، ولقد عنيت هنا بذكر المصطلحات القضائية من خلال الأنظمة المرعية.

إعداد : المعاون القضائي بالمحكمة العامة بالرياض

إبراهيم بن أحمد الجنوبي

الحمدلله رب العالمين والصلاة والسلام على نبينا محمد وعلى آله وصحبه أجمعين أما بعد:

ومن المصطلحات الخاصة بوسائل الإثبات:

علم القاضي: وهو علم القاضي بوقائع الدعوى، وأسباب ثبوتها، فعلمه بذلك يكون مستنداً وسبباً لحكمه، أم لا؟[1].

وعلم القاضي له حالتان:

الأولى: علمه الذي حصل عليه في مجلس القضاء.

فعلمه بوقائع الدعوى، وأسباب ثبوتها في مجلس القضاء، كما لو أقر المدعى عليه بالدعوى، أو نكل عن اليمين، فإن القاضي يحكم بموجب علمه، ولا يلزم وجود شاهدان أو أكثر، وقد نص ابن قدامة على أنه: لا خلاف في أن للحاكم أن يحكم بالبينة، والإقرار، في مجلس حكمه إذا سمعه شاهدان، فإن لم يسمعه أحد، أو سمعه شاهد، فنص أحمد على أنه يحكم به[2].

والثانية: علمه الذي حصل عليه خارج مجلس القضاء.

فعلمه الحاصل في خارج مجلس القضاء، كما لو سمع القاضي شخصاً يطلق امرأته ثلاثاً خارج مجلس القضاء، أو نحوه، فهل للقاضي أن يحكم بما علمه أم لا؟ فيه خلاف بين أهل العلم[3].

إن مصطلح علم القاضي من المصطلحات التي عُرفت عند فقهاء الإسلام لفظاً ومعناً.

فقد ورد عنهم قولهم: قضاء القاضي بعلم نفسه: لا يخلو إما أن قضى بعلم استفادة في زمن القضاء ومكانه، وهو الموضع الذي قلد قضاءه، وإما أن قضى بعلم استفادة قبل زمان القضاء، وفي غير مكانه، وإما أن قضى بعلم استفادة بعد زمان القضاء، في غير مكانه، فإن قضى بعلم استفادة في زمن القضاء، وفي مكانه، بأن سمع رجلاً أقر لرجل بمال، أو سمعه يطلق امرأته، أو يعتق عبده، أو يقذف رجلاً، أو رآه يقتل إنساناً، وهو قاض في البلد

(١) ينظر: نظام القضاء ١٧٧.

(٢) ينظر: المغني ٩/٥٥، نظام القضاء ص١٧٨.

(٣) البحث خاص بالمصطلحات من حيث المفهوم، ومن حيث دراستها فقهياً، دون الخوض في الأحكام الخلافية، ولمعرفة أقوال العلماء وتفصيلها وأدلتها ينظر: الفتاوى الهندية ٣/٣٣٩، الأشباه والنظائر ص٢٢٢، رد المحتار لابن عابدين ٥/٤٢٣، بداية المجتهد ٢/٣٩٢، الفروق للقرافي ٤/٤٤-٤٥، مغني المحتاج ٢/٢٩٨، المجموع شرح المهذب ١٨/٣٨٩، المغني ٩/٥٣-٥٥.



الذي قلد قضاءها، جاز قضاؤه عندنا، ولا يجوز قضاؤه به في الحدود الخالصة[٤].

كما ورد عنهم أيضاً قولهم: قال مالك وأكثر أصحابه: لا يقضي القاضي في شيء من الأشياء بما علمه، لا قبل ولايته، ولا بعدها، ولا يقضي القاضي إلاَّ بالبينات، أو الإقرار[٥]. وجاء عنهم: واختلف الناس في علم القاضي هل له أن يقضي به، ولا يجوز فيه إلا واحد من قولين:

أحدهما: أن له أن يقضي بكل ما علم قبل الحكم وبعده في مجلس الحكم وغيره من حقوق الآدميين.

والثاني: لا يقضي بشيء من علمه، في مجلس الحكم ولا في غيره إلا أن يشهد شاهدان بشيء على مثل ما علم فيكون علمه وجهله سواء إذا تولى الحكم[٦] .

كما ورد عنهم أيضاً: ولا يحكم القاضي بعلمه ولو في غير حد؛ لأن تجويز القضاء بعلم القاضي، يفضي إلى تهمته، وحكمه بما يشتهي[٧] .

فعلم القاضي مصطلح عُرف في الفقه الإسلامي لفظاً ومعناً، ولا يزال يستعمل.

القرائن: وهي كل أمارة ظاهرة تقارن شيئاً خفياً، فتدل عليه، وهي هنا التي يستنبطها القاضي[٨] .

فالقرينة أمر ظاهر يدل على أمر خفي[٩] ، فإن القضاء يعتمد عليها، خصوصاً في هذا العصر الحاضر مع انتشار الوسائل الأمنية الحديثة، إذا كانت القرينة مظهرة للحق مانعة للظلم، إذ البينة ما أبانت الحق وأظهرته، فيجب الأخذ بها إذا تحقق بها هذا الأمر، فليس كل قرينة يأخذ بها، بل لابد بأن تكون قرينة ظاهرة قاطعة أو تغلب على الظن تحقق البينة.

وقد اعتنى نظام المرافعات بها وخصص لها فصلاً باسمها من ذلك: يجوز للقاضي أن يستنتج قرينة أو أكثر من وقائع الدعوى أو مُناقشة الخصوم أو الشهود، لتكون مُستنداً لحُكمه أو ليُكمل بها دليلاً ناقصاً ثبت لديه ليكون بهما معاً اقتناعه بثبوت الحق لإصدار الحُكم، كما أنه لكُل من الخصوم أن يُثبت ما يُخالف القرينة التي استنتجها القاضي، وحينئذ تفقد القرينة قيمتُها في الإثبات والحيازة المنقول قرينة بسيطة على مُلكية الحائز لهُ عند المُنازعة في المُلكية، ويجوز للخصم إثبات العكس[١٠] .

إن القرائن من المصطلحات التي عُرفت في الفقه الإسلامي لفظاً ومعناً.

فقد ورد عنهم قولهم: القرينة القاطعة: هي الأمارة البالغة حد اليقين، مثلاً: لو ظهر إنسان من دار، ومعه سكين في يده، وهو متلوث بالدماء، سريع الحركة، عليه أثر الخوف، فدخلوا الدار في ذلك الوقت على الفور، فوجدوا بها إنساناً مذبوحاً لذلك الحين، وهو متضمخ بدمائه، ولم يكن في الدار غير ذلك الرجل، الذي وجد بتلك الصفة، وهو خارج من الدار، أنه يؤخذ به؛ إذ لا يمتري أحد في أنه قاتله[١١] .

---

(٤) ينظر: بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع ٧/٧، درر الحكام شرح مجلة الأحكام ٢/٦٥١، البحر الرائق شرح كنز الدقائق١٩/٢٨٣

(٥) ينظر: الاستذكار ٧/٩٥، بداية المجتهد ٢/٣٩٢

(٦) ينظر: الأم ٦/٢١٦، مغني المحتاج ٢/٢٩٨، المجموع شرح المهذب ١٨/٣٨٩

(٧) ينظر: الروض المربع ص٤٦٦، المغني ٩/٥٣-٥٥

(٨) المدخل الفقهي العام ٢/٩١٤، رسالة الإثبات ٢/١٨٧.

(٩) ينظر: المصباح المنير ٢٩٧.

(١٠) ينظر نظام المرافعات الشرعية السعودي الفصل الثامن.

(١١) ينظر: البحر الرائق شرح كنز الدقائق ١٩/٢٧٩، مجلة الأحكام العدلية المادة(١٧٤١).



وورد عنهم: متى وجدت القرائن التي تقوم مقام البينة عمل بها، ويعتمد على القرائن المغلبة للظن، في تعديل الشهود، وفي الإعسار وضرر أحد الزوجين(١٢) .

كما ورد عنهم: إن القرائن التي يعمل بها ما تفيد اليقين، أو الظن القوى، فما لم تفد اليقين أو غلبة الظن فلا يعمل بها(١٣) .

وورد عنهم قولهم: فالحاكم إذا لم يكن فقيه النفس في الأمارات، ودلائل الحال، ومعرفة شواهده، وفي القرائن، كفقهه في جزئيات وكليات الأحكام: أضاع حقوقا كثيرة على أصحابها(١٤) .

فالقرائن مصطلح عُرف في الفقه الإسلامي لفظاً ومعناً، ولا يزال يستعمل.

التحكيم: هو اتفاق بين طرفين أو أكثر على تفويض هيئة من شخص أو أكثر للفصل في نزاع بينهم بحكم ملزم(١٥) .

فالتحكيم تولية الخصمين حاكماً يحكم بينهما(١٦) .

وهناك فروق بين التحكيم والقضاء منها(١٧) :

أ- التحكيم لا يصح إلا برضا الخصمين ، أما القضاء فلا يشترط رضا الخصمين ولو رفعت إليه قضية ، حكم فيها ولو من غير رضاهما.

ب - الحكم يقتصر اختصاصه في الدعوى المحكم فيها فقط ، أما القاضي فله النظر في كل القضايا التي تدخل في اختصاصه وهي عادة واسعة زماناً ومكاناً .

ت - حكم الحكم قاصر على المحكوم عليه فقط ولو ثبت ببينة ، أما حكم القاضي فقد يتعدى المحكوم عليه(١٨) .

وقد خُصِصَ لهذا المصطلح نظام خاص به لأهميته(١٩) .

فالتحكيم من المصطلحات التي عُرفت عند فقهاء الإسلام لفظاً ومعناً.

حيث ورد عنهم قولهم: التحكيم: اتخاذ الخصمين برضاهما حاكماً يفصل في خصومتهما ودعواهما، فهو تولية الخصمين حاكماً يحكم بينهما برضاهما، وركنه لفظه الدال على التحكيم، وقبول المحكم(٢٠) .

وورد عنهم قولهم: يجوز لمتداعيين تحكيم رجل غير خصم، من غير تولية قاض له، يحكمانه في النازلة بينهما، لا تحكيم خصم من الخصمين، فلا يجوز تحكيم أحد الخصمين ولا ينفذ حكمه(٢١) .

---

(١٢) ينظر: تبصرة الحكام ٨١/٢، التاج والإكليل١٣٢/١١، البهجة في شرح التحفة ١٩٢/١.

(١٣) ينظر: السراج الوهاج على متن المنهاج ص٤٦٥، نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج١٦٣/١١.

(١٤) ينظر: الطرق الحكمية ص١٠، الفروع٣٥٦/٤.

(١٥) ينظر: المطالبات ومحكمة التحكيم ص٥٣.

(١٦) الموسوعة الفقهية مادة تحكيم الجزء العاشر.

(١٧) ينظر: التحكيم في الفقه الإسلامي٣٩- ٤٠.

(١٨) ينظر: شرح أدب القاضي للخصاف ص٣٩٣- ٣٩٤ ،التحكيم في الشريعة الإسلامية ص٣٦- ٣٧.

(١٩) ينظر: نظام التحكيم الصادر بالمرسوم الملكي رقم م/٤٦ في ١٢/٧/١٤٠٣هـ

(٢٠) ينظر: البحر الرائق شرح كنز الدقائق ٢٩/١٨، العناية شرح الهداية ٢٩٤/١٠، حاشية رد المختار ٤٢٨/٥.

(٢١) ينظر: حاشية الدسوقي ١٨/١٧، حاشية الصاوي على الشرح الصغير ٣١٧/٩.



كما ورد عنهم أيضاً قولهم: تحكيم الخصمين، شخصاً من الرعية دون القاضي، وإذا حكم خصمان رجلاً من الرعية ليقضي بينهما، فيما تنازعاه، في بلد فيه قاض، أو ليس فيه قاض جاز(٢٢) .

فالتحكيم مصطلح عُرف في الفقه الإسلامي لفظاً ومعناً، ولا يزال يستعمل.

تعارض البينات: هي أن تشهد البينة لإحداهما بما نفته الأخرى، أو العكس على وجه يستحيل فيه الجمع بينهما(٢٣) .

مثاله: لو وجد متاع في مكان ما فادعاه شخصان وأتى كل منهما بشاهدي عدل أنه له، فهنا المتاع ليس بيد أي منهما فهما متساويان في أن كل منهما مدع، وعليه الإثبات، وكذلك هما متساويان في البينة، فتعارضت البينتان: فالأولى تثبت، والثانية، تنفي ولا مجال للجمع بينهما.

وكذا: لو أقر بأن في ذمته مائة دينار لزيد، وأنه أداها إليه، فجاء زيد بشاهدين عدلين على أنهما: سمعا إقراره بها، وأنه لم يؤدها إليه، فهنا تعارض الإقرار مع الشهادة(٢٤) .

إن تعارض البينات مصطلح عُرف في الفقه الإسلامي لفظاً، ومعناً(٢٥) .

حيث ورد عنهم قولهم: تعارض البينات: تقابل الحجتين المتساويتين، على وجه يوجب كل واحد منهما ضد ما توجبه الأخرى، كالحِل والحرمة، والنفي والإثبات(٢٦) .

وورد عنهم قولهم : تعارض البينتين: اشتمال كل منهما على ما ينافي الأخرى (٢٧) .

كما ورد عنهم قولهم : التعارض: الأدلة المتقابلة، بالنفي والإثبات على استحالة التعادل بينهما(٢٨) .

كما لو ادعى دابة بيد آخر، أنها ملكه ضاعت عليه منذ سنة، وأقام بينة، فأقام ذو اليد بينة بأنها في يده منذ سنتين، فتعارضت البينتين(٢٩) .

وجاء عنهم قولهم: تعارضت البينتان: إذا تقابلتا، فتعارضهما: أن تشهد إحداهما بنفي ما أثبتته الأخرى، حيث لا يمكن الجمع بينهما(٣٠) .

فتعارض البينات مصطلح عُرف في الفقه الإسلامي لفظاً ومعناً، ولا يزال يستعمل.

المعاينة : هي مشاهدة القاضي، الموضع المتنازع فيه بجلبه إلى المحكمة إن كان ذلك ممكناً، أو بالانتقال إليه، أو ندب أحد أعضاء المحكمة، للوقوف على موضع النزاع والتحقق منه(٣١) .

وفي الحديث:(كان قتال بين بني عمرو، فبلغ ذلك النبي صلى الله عليه وسلم، فصلى الظهر، ثم أتاهم

---

(٢٢) الحاوي الكبير ٦٤٨/١٦، ينظر: الفتاوى الكبرى الفقهية ٢٩٠/٤

(٢٣) ينظر: معجم لغة الفقهاء ، ص ١١٤

(٢٤) ينظر: درر الحكام ٥١٩/٤ .

(٢٥) ينظر: درر الحكام ٥١٩/٤، شرح حدود ابن عرفه ، ص ٦٥٧، المنهاج وشرح نهاية السول ٤٣٢/٤، كشاف القناع ٣٩٣/٦

(٢٦) أصول الفقه ١٢/٢، درر الحكام ٤/ ٥١٩ .

(٢٧) شرح حدود ابن عرفه ، ص ٦٥٧، ينظر: مختصر ابن حاجب ٢٩٨/٢

(٢٨) ينظر: الإحكام في أصول الأحكام ٢٦٥/٤، المنهاج وشرح نهاية السول ٤٣٢/٤

(٢٩) ينظر: بغية المسترشدين ص٦٢٢

(٣٠) كشاف القناع ٣٩٣/٦، روضة الناظر ص٣٨٧، التحرير وشرحه للفتوحي ص٤٢٥.

(٣١) ينظر: نظام المرافعات الشرعية السعودي المادة (١١٢)، وسائل الإثبات ص٥٩٠.

يصلح بينهم ....) [٣٢] .

ففي الحديث جواز ذهاب الحاكم إلى موضع الخصومة للفصل بينهم إما عند عظم الخطب، وإما لينكشف ما لا يُحاط به إلاَّ بالمعاينة، ولا يُعد ذلك تخصيصاً، ولا تمييزاً، ولا وهناً[٣٣] .

وقد اعتنى نظام المرافعات بهذا المصطلح حيث خص فصلاً به، كما بين أن المعاينة تتم إما بإحضار العين محل النزاع أو ندب أحد أعضاء المحكمة، أو أن تستخلف المحكمة التي يقع في نطاقها، للوقوف على موضع النزاع والتحقق منه[٣٤] .

إن المعاينة من المصطلحات التي عُرفت عند فقهاء الإسلام من حيث المعنى دون اللفظ[٣٥] .

فلم يتناول الفقهاء هذا المصطلح بالتعريف ولم يعقدوا له ولأحكامه باباً مستقلاً، وإنما تطرقوا له من خلال تفريعاتهم ذات العلاقة والمبثوثة في ثنايا كتبهم الفقهية.

حيث ورد عن الحنفية: إن الشيء المدعى إذا كان مما ينقل ويحول، فيجب أن يكون حاضراً عند القاضي، حتى تقع عينه الشاهدة والقضاء، ويحلف المدعى عليه، إن لم يكن للمدعي بينة، لأن القضاء على المجهول لا يجوز[٣٦] .

كما ورد عنهم: وإن كان المدعى به منقولاً فللمدعي أن يطلب كفيلاً للمدعى عليه ليحضر العين، لأنه لا يتمكن من إقامة البينة إلا بإحضار العين[٣٧] .

وعن المالكية: إذا كان المدعى به لا يمكن تمييزه إلاَّ بإحضاره مجلس الحكم فلا بد من إحضاره لتمييزه بالصفة، إلا أن يعسر إحضاره فلا بد من بينة الحيازة[٣٨] .

وعن الشافعية: وأما إن كانت العين في البلد وإحضارها متيسر إلى مجلس الحكم فإنها تحضر لتقوم البينة على عينها إذ بذلك يتوصل المدعي إلى حقه، فوجب إحضارها كما يجب على الخصم الحضور عند الطلب ولا تسمع البينة على الأوصاف لعدم الحاجة إلى ذلك[٣٩] .

وعن الحنابلة: وإن كان المدعى به عيناً حاضرة في المجلس، عينها بالإشارة، وإن كانت في البلد لكن لم يحضرها مجلس الحكم، اعتبر إحضارها لتعينها[٤٠] .

فالمعاينة مصطلح عُرف في الفقه الإسلامي من حيث المعنى دون اللفظ.

---

(٣٢) أخرجه البخاري، كتاب الجماعة والإمام، باب من دخل ليؤم الناس فجاء الإمام الأول فتأخر الآخر أو لم يتأخر جازت صلاته فيه، رقم ٦٧٦٧، ومسلم، كتاب الصلاة، باب تقديم الجماعة من يصلي بهم إذا تأخر الإمام ولم يخافوا مفسدة بالتقديم رقم ٩٧٨.

(٣٣) فتح الباري بشرح صحيح البخاري ١٣/١٨٣.

(٣٤) ينظر: نظام المرافعات الشرعية السعودي الفصل الرابع.

(٣٥) ينظر: شرح أدب القاضي ٢/١٢٢-١٢٣، البحر الرائق ٧/٢١١، حاشية الصاوي ٩/٣٨٢، قضاة قرطبة ص١١٠، أسنى المطالب ٤/٣٢٣__٣٢٤، الإقناع٤/٣٩٧.

(٣٦) ينظر: شرح أدب القاضي ٢/١٢٢-١٢٣، العناية شرح الهداية١١/١٧٨، الدر المختاره/٤٧١، الاختيار لتعليل المختار٢/١٢٦.

(٣٧) ينظر: البحر الرائق ٧/٢١١، المبسوط ٢٠/٧٧.

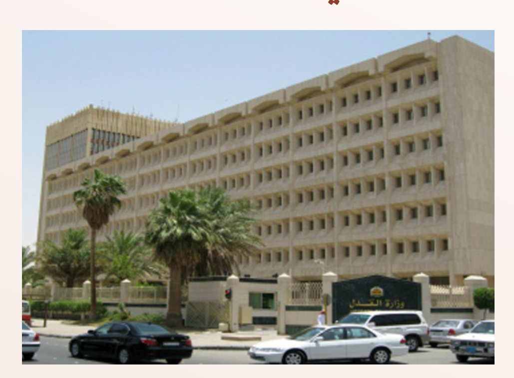
(٣٨) ينظر: حاشية الصاوي ٩/٣٨٢، حاشية الدسوقي١٣/٣٠٥، قضاة قرطبة ص١١٠.

(٣٩) ينظر: أسنى المطالب ٤/٣٢٣__٣٢٤، حاشية الجمل ٢٣/٢١٦ ، حاشية قليوبي ٤/٣١٢.

(٤٠) ينظر: الإقناع٤/٣٩٧، الإنصاف ٥/٢٠٦، الروض المربع ١/٤٦٦.

مركز التدريب العدلي

إسهاماً في رفع كفاءة وتأهيل القضاة وكتاب العدل وكتاب الضبط ومحضري الخصوم وأعضاء هيئة النظر ومساعدي وأعوان القضاة في القضاء العام والإداري صدرت موافقة مجلس الوزراء بالقرار رقم ١٦٢ وتاريخ ١٤٣٥/٤/٢٤هـ بإنشاء مركز التدريب العدلي يرتبط تنظيمياً بوزارة العدل. وصدر على ضوء ذلك تعميم لكافة الجهات التابعة لوزارة العدل من معالي وزير العدل برقم ١٣/ت/٥٣١٢ في ١٤٣٥/٥/٥هـ لاعتماد موجبة ضمن الهيكل التنظيمي لوزارة العدل.



يكون على النحو التالي:

أولاً: إنشاء مركز للتدريب العدلي ضمن الهيكل التنظيمي لوزارة العدل يسمى "مركز التدريب العدلي"، ويرتبط تنظيمياً بوزير العدل.

ثانياً: يكون هدف المركز الإسهام في رفع كفاية وتأهيل القضاة، وكتاب العدل، وكتاب الضبط، ومحضري الخصوم، وأعضاء هيئة النظر، وغيرهم من مساعدي وأعوان القضاة في القضاء العام والإداري.

ثالثاً: للمركز -في سبيل تحقيق أهدافه - اتخاذ الوسائل المناسبة، وبخاصة ما يأتي:

١-وضع برامج تدريبية وجلسات عمل للمستويات الوظيفية المختلفة للفئات المستهدفة وتنفيذ هذه البرامج وجلسات العمل.

٢-عقد حلقات تطبيقية ولقاءات علمية للمستويات العليا للقضاة، وكتاب العدل.

٣-عقد المؤتمرات والندوات المتعلقة بقضايا مرفق القضاء.

رابعاً: يقتصر دور المركز على تنظيم برامج تدريبية وجلسات عمل وحلقات تطبيقية ولقاءات علمية وندوات ذات صلة مباشرة بالمهمات الوظيفية للفئات المستهدفة المحددة في البند (ثانيا) من هذا القرار، مع التأكيد على ألا ينظم المركز ما يدخل في اختصاص معهد الإدارة العامة أو المعهد المصرفي التابع لمؤسسة النقد العربي السعودي.

خامساً: يكون للمركز مدير عام بالمرتبة الخامسة عشرة، يتولى الإشراف على إدارات المركز وأقسامه وتسيير أعماله، وله على وجه الخصوص القيام بالمهمات الآتية:

١-الإشراف على إدارات المركز وأقسامه وسير العمل فيه، وإدارة شؤونه في ضوء الخطط المرسومة له.

٢-اقتراح خطط التدريب ومنهجيته واعتمادها من الوزير.

٣-الإشراف على موظفي المركز في حدود ما يقضي به النظام.

٤- تقديم المقترحات والدراسات التي تهدف إلى تحسين العمل في المركز وتطويره ورفعها إلى الوزير.

٥- التعاقد مع المدربين من خارج المركز.

٦- تمثيل المركز في المؤتمرات والندوات الإقليمية والعربية والدولية التي تعقد في مجال اختصاصه.

٧- إعداد التقارير الدورية والسنوية حول نشاط المركز وتقويم مستوى الأداء فيه، والمقترحات المتعلقة بذلك ورفعها إلى الوزير.

٨- القيام بأي مهمة أخرى تسند إليه بمقتضى الأنظمة واللوائح والقرارات النافذة.

سادساً: يكون للمركز لجنة علمية يراعى فيها الآتي:

١-أن تكون برئاسة وكيل وزارة العدل وعضوية ممثلين عن كل من: المجلس الأعلى للقضاء، وديوان المظالم، ووزارة

المالية، ووزارة الخدمة المدنية، والمعهد العالي للقضاء، ومعهد الإدارة العامة.

٢- أن تتولى رسم سياسة المركز التدريبية، وإقرار البرامج التدريبية، وجلسات العمل، والحلقات التطبيقية، واللقاءات العلمية، والندوات التي يقترحها المركز، على أن يراعي في ذلك ما ورد في البند (حادي عشر) من هذا القرار.

سابعاً: تدرج ضمن مشروع الملك عبدالله لتطوير مرفق القضاء مخصصات مالية يصرف منها على أنشطة المركز، ويكون للمركز لائحة مالية تنظم كيفية الصرف عليها، وتصدر اللائحة بالتنسيق والاتفاق بين كل من وزارة العدل، ووزارة المالية، ووزارة الخدمة المدنية.

ثامناً: على المركز – عند طرحه للبرامج التدريبية – أخذ موافقة لجنة التدريب والابتعاث بوزارة الخدمة المدنية.

تاسعاً: يكون الهيكل التنظيمي للمركز وفقاً للخارطة التنظيمية المرافقة لمحضر اللجنة العليا للتنظيم الإداري (السابع والستين بعد المائة).

عاشراً: تكون أهداف الوحدات التنظيمية للمركز ومهماتها وفقاً لدليل الأهداف والمهمات المرافق لمحضر اللجنة العليا للتنظيم الإداري المشار إليه.

حادي عشر: يقوم وزير العدل، بعد ثلاث سنوات من ممارسة المركز لمهماته، برفع تقرير إلى اللجنة العليا للتنظيم الإداري يتضمن إنجازات المركز والصعوبات والمعوقات التي واجهته وبياناً لتكلفة التشغيل والعائد من التدريب، لتتولى اللجنة في ضوء معطيات هذا التقرير ونتائجه النظر في مدى مناسبة الإبقاء على الوضع التنظيمي للمركز أو تغييره.

(الأهداف والمهام):

الهدف العام لمركز التدريب العدلي:

يهدف المركز إلى الإسهام في رفع كفاءة وتأهيل كتاب العدل، وكتاب الضبط، ومحضري الخصوم، وأعضاء هيئة النظر وغيرهم من مساعدي وأعوان القضاة.

المهام:

للمركز – في سبيل تحقيق أهدافه – اتخاذ الوسائل المناسبة، وبخاصة ما يأتي:

-وضع برامج تدريبية وورش عمل للمستويات الوظيفية المختلفة للفئات المستهدفة وتنفيذ تلك البرامج وورش العمل.

الخارطة التنظيمية المعتمدة من قبل اللجنة العليا للتنظيم الإداري لمركز التدريب العدلي ذو الحجة ١٤٣٤هـ



-عقد الحلقات التطبيقية واللقاءات العلمية للمستويات العليا للقضاة، وكتاب العدل.

-عقد المؤتمرات والندوات المتعلقة بقضايا مرق القضاء.



الدليل التنظيمي
لمركز التدريب العدلي

مدير عام المركز:
الارتباط التنظيمي:
يرتبط بوزير العدل.
الهدف العام:
الإشراف على إدارة المركز وأقسامه وتسيير أعمالها.

المهام:
١-الإشراف على إدارات وأقسام المركز وسير العمل فيه، وإدارة شؤونه في ضوء الخطط المرسومة له.
٢- اقتراح خطط ومنهجية التدريب واعتمادها من الوزير.
٣- الإشراف على موظفي المركز في حدود ما يقضي به النظام.
٤- تقديم المقترحات والدراسات التي تهدف إلى تحسين وتطوير العمل في المركز ورفعها إلى الوزير.
٥- التعاقد مع المدربين من خارج المركز.
٦- تمثيل المركز في المؤتمرات والندوات الإقليمية والعربية والدولية التي تعقد في مجال اختصاصه.
٧- إعداد التقارير الدورية والسنوية حول نشاط المركز وتقييم مستوى الأداء فيه والمقترحات المتعلقة بذلك ورفعها إلى الوزير.
٨- القيام بأي مهام أخرى تسند إليه بمقتضى الأنظمة واللوائح والقرارات النافذة.

إدارة اللقاءات والحلقات وورش العمل:
الارتباط التنظيمي:
ترتبط بمدير عام المركز.
الهدف العام:
العمل على تنفيذ اللقاءات العلمية المختلفة في مجال عمل المركز من مؤتمرات وندوات وحلقات تطبيقية وورش عمل.
المهام:
١- إعداد الخطة السنوية للإدارة والعمل على تنفيذها بعد اعتمادها.
٢- الإشراف على المؤتمرات والندوات والحلقات وورش العمل التي يعقدها المركز.
٣- تقويم نتائج الفعاليات التي تعقدها الإدارة.
٤- اتخاذ كافة الإجراءات المتعلقة بتنفيذ المؤتمرات والندوات والحلقات وورش العمل.
٥- متابعة الفرق المكلفة بإعداد البحوث الميدانية للمؤتمرات والندوات والحلقات وورش العمل وتقديم التسهيلات اللازمة لضمان إنجاز مهامها.
٦- متابعة تجهيز بحوث وأوراق عمل المؤتمرات والندوات والحلقات وورش العمل بالتنسيق مع إدارات الوزارة المعنية.
٧- متابعة اللجان الخاصة بإعادة صياغة توصيات المؤتمرات والندوات والحلقات وورش العمل وتقديم التسهيلات اللازمة لها.
٨- حجز وتجهيز القاعات اللازمة لتنفيذ المؤتمرات والندوات والحلقات وورش العمل مع الإدارات المختصة في ذلك.
٩- إعداد جدول المؤتمرات والندوات السنوية.
١٠- المشاركة في عملية اختيار المشاركين في المؤتمرات والندوات والحلقات وورش العمل.
١١- تجهيز الحقائب الخاصة بالمؤتمرات والندوات والحلقات وورش العمل.
١٢- إصدار شهادات حضور للمشاركين في المؤتمرات وورش العمل.
١٣- الاطلاع على نتائج تقويم المؤتمرات والندوات ودراستها والاستفادة منها لتطوير تلك الحلقات.
١٤- تحديد احتياجات الإدارة من القوى العاملة والأجهزة والمواد ومتابعة توفيرها.
١٥- الإشراف على إعداد تقارير دورية عن إنجازات الإدارة، ورفعها إلى مدير عام المركز.

إدارة البرامج التدريبية:
الارتباط التنظيمي:
ترتبط بمدير عام المركز.
الهدف العام:
الإشراف على البرامج التدريبية بما يسهم في تحقيق أهداف المركز.

المهام:

١- اقتراح السياسات العامة الموجهة لنشاط التدريب في المركز والإشراف على تنفيذها بعد إقرارها.

٢- الإشراف على إعداد الخطط السنوية المتعلقة بنشاط التدريب في إطار الأهداف والسياسات العامة للمركز ومناقشتها مع الإدارات المرتبطة به وإبداء توجيهاته بشأنها وإجراء التعديلات عليها.

٣- الإشراف على تنفيذ خطط التدريب السنوية والتنسيق بين الإدارات المرتبطة بالمركز بما يحقق هذا الهدف.

٤- اقتراح مشاريع الخطط السنوية للإدارة في إطار الأهداف والسياسات العامة للمركز، وتنفيذها بعد اعتمادها.

٥- تصميم وتطوير البرامج التدريبية وفقاً للإجراءات المتبعة.

٦- الإشراف على إعداد الحقائب التدريبية وفقاً للإجراءات المنظمة لهذه العملية.

٧- التأكد من تنفيذ البرامج التدريبية.

٨- اقتراح أسماء المدربين ورفعها إلى مدير عام المركز للموافقة عليها.

٩- تحديد احتياجات الإدارة من القوى العاملة والأجهزة والمواد ومتابعة توفيرها.

١٠- الإشراف على إعداد تقارير دورية عن إنجازات الإدارة، ورفعها إلى مدير عام المركز.

١١- أي مهام أخرى تكلف بها من قبل مدير عام المركز.

إدارة خدمات شؤون المدربين:

الارتباط التنظيمي:

ترتبط بمدير عام المركز.

الهدف العام:

ضمان توفير كافة الخدمات الإدارية والمالية للمدربين المتفرغين وغير المتفرغين في المركز.

المهام:

١- تطبيق اللوائح والتعليمات ذات العلاقة بالعاملين.

٢- اتخاذ الإجراءات اللازمة نحو مستحقات العاملين من رواتب وعلاوات ومكافآت وغيرها.

٣- تجميع وتبويب المعلومات المتعلقة بالاحتياجات الفعلية من القوى العاملة، وذلك بالتعاون مع الوحدات المختصة بالمركز.

٤- تنظيم وحفظ ملفات وسجلات المدربين العاملين والمتعاونين والتأكد من استيفائها لجميع البيانات اللازمة.

٥- تقديم التسهيلات اللازمة للمتعاقدين الأجانب فيما يتعلق بطلب الإقامة، وطلبات تأشيرات السفر لهم ولعائلاتهم، وشهادة الخدمة.

٦- إعداد تقارير دورية عن نشاطات الإدارة وإنجازاتها ومقترحات تطوير العمل بها ورفعها إلى مدير عام المركز.

٧- أي مهام أخرى تكلف بها الإدارة في حدود اختصاصها.

إدارة تقنية التدريب:

الارتباط التنظيمي:

ترتبط بمدير عام المركز.

الهدف العام:

تقديم الدعم والمساندة الفنية لعموم إدارات المركز.

المهام:

١- القيام بالدراسات اللازمة لإدخال التقنية في جميع أعمال المركز.

٢- المشاركة في إعداد البرمجيات والنظم والوسائل المتطورة في مجال تقنية المعلومات لعمل المركز.

٣- متابعة توريد وتركيب وتشغيل وصيانة أجهزة تقنيات التدريب.

٤- اقتراح الخطط لتطوير نظم المعلومات بما يتماشى وحاجة المركز وارتباطه بالجهات ذات العلاقة.

٥- التنسيق والتعاون مع إدارة الحاسب الآلي بالوزارة.

٦- تحديث البرامج والنظم وأجهزة التدريب لتسهيل عملية الاتصال بالمركز.

٧- تدريب منسوبي المركز على أنظمة الحاسب الآلي.

٨- تجهيز قاعات التدريب بما تحتاج إليه من أجهزة.

٩- المتابعة المستمرة لصيانة الأجهزة.

١٠- تأمين البديل المناسب حال تعطل الأجهزة.

١١- المشاركة في تمثيل المركز في الأعمال التي لها علاقة بالحاسب الآلي.

١٢- إعداد تقارير دورية بإنجازات الإدارة ومقترحات تطويرها ورفعها إلى مدير عام المركز.

١٣- أي مهام أخرى تكلف بها الإدارة في حدود اختصاصها.

الرجوع إلى وزارة الشؤون البلدية والقروية عند تعديل استعمال الأراضي الزراعية

أصدر معالي وزير العدل تعميماً قضائياً برقم ١٣/ت/٥٤٠٧ وتاريخ ١٤٣٥/٧/١٩هـ يقضي بضرورة الرجوع إلى وزارة الشؤون البلدية والقروية عند تعديل استثمار الأراضي الزراعية، وإليكم نص التعميم:

"إشارة إلى تعميم الوزارة رقم ١٣/ت/٤٣١١ في ١٤٣٢/٧/١١هـ المبني على ما ورد من وزارة الشؤون البلدية والقروية برقم ٢٧٧٦ في ١٤٣٢/١/١٥هـ ورقم ٢٥٩١٩ في ١٤٣١/٥/١٣هـ بشأن عدم توثيق تجزئة أو فرز للأراضي باستعمالاتها المختلفة داخل مراحل التنمية العمرانية ومنطقة حماية التنمية أو خارجها إلا بعد موافقة الوزارة.

فقد ورد للوزارة كتاب سعادة وكيل وزارة الشؤون البلدية والقروية لتخطيط المدن رقم ٢٢٩١٢ في ١٤٣٥/٥/٣هـ بشأن قيام بعض كتابات العدل بتعديل استعمالات الأراضي الزراعية من غير الرجوع لوزارة الشؤون البلدية والقروية وأن الأمر السامي رقم ٤٩٠٠٧ في ١٤٣٢/١٠/٢٨هـ (المرفقة صورته) قد تضمن باعتماد الرجوع إلى وزارة الشؤون البلدية والقروية عند تعديل استعمال الأراضي الزراعية التي أساس تملكها قرارات زراعية موزعة بموجب نظام توزيع الأراضي البور أو الأراضي المملوكة بموجب حجج استحكام بعد أخذ موافقة وزارة الزراعة في تعديل الاستعمال.

ووفقاً لما ذكر نرغب إليكم الاطلاع ومراعاة ما أشير إليه فيما يرد من معاملات تعديل الاستعمالات لهذه الأراضي. والله يحفظكم".

وزير العدل

محمد بن عبدالكريم العيسى

عقوبة الحدث

أصدر معالي وزير العدل تعميماً قضائياً برقم ١٣/ت/٥٤٠١ وتاريخ ١٤٣٥/٧/١٣هـ يقضي بالعقوبة الموجبة للحدث المكلف وغير المكلف متى ثبت لدى القاضي إدانته، وإليكم نص التعميم:

"فقد ورد للوزارة كتاب معالي رئيس المحكمة العليا رقم ٣٥/١٩٠٠٣٣٥ في ١٤٣٥/٦/٢٩هـ بشأن دراسة توحيد الأحكام التي تصدر من جميع المحاكم في قضايا الأحداث، وان المحكمة العليا بهيئتها العامة قامت بدراسة هذا الموضوع، وأصدرت بشأنه القرار رقم (١٣/م) في ١٤٣٥/٥/١٩هـ (المرفق صورته) المتضمن أن الهيئة العامة للمحكمة العليا قررت ما يلي:

أولاً: متى ثبت لدى القاضي المختص إدانة الحدث المكلف فيما موجبه عقوبة مقررة نظاماً، فتوقع عليه تلك العقوبة، ومتى كانت العقوبة تخص جناية القتل العمد الذي سقط القود فيه أو القتل شبه العمد، فللقاضي زيادة العقوبة لظروف مشددة، وإن كان الحدث غير مكلف، فيعزره القاضي بما لا يزيد على الحد الأدنى للعقوبة المقررة نظاماً.

ثانياً: إذا لم تكن العقوبة محددة نظاماً، فيعزره القاضي تعزيراً مرسلاً بحسب حال الحدث وملابسات كل قضية.

لذا نرغب إليكم الاطلاع واعتماد موجبه. والله يحفظكم".

وزير العدل

محمد بن عبدالكريم العيسى



تأجيل تنفيذ حكم عقوبة الإبعاد

أصدر معالي وزير العدل تعميماً قضائياً على كافة المحاكم برقم ١٣/ت/٥٣٠٧ وتاريخ ١٤٣٥/٥/٢هـ ينص على الموافقة على تأجيل تنفيذ حكم عقوبة الإبعاد لغير السعودي عن المملكة المنصوص عليها في نظام مكافحة المخدرات في الفقرة ٢ من المادة ٥٦ وإليكم نص التعميم:

«إشارة إلى تعميم الوزارة رقم ١٣/ت/٢٧٠٣ في ١٤٢٦/٧/٢٤هـ المبني على المرسوم الملكي رقم (م/٣٩) في ١٤٢٦/٧/٨هـ بشأن نظام مكافحة المخدرات والمؤثرات العقلية.

فقد تلقينا نسخة من الأمر السامي الكريم البرقي رقم ١٢٨٢٧ في ١٤٣٥/٤/٦هـ الموجه أصله لصاحب السمو الملكي وزير الداخلية ونصه: (اطلعنا على كتاب معالي الأمين العام لمجلس الوزراء رقم ٥٠٢ بتاريخ ١٤٣٥/٢/٢١هـ المشار فيه إلى المعاملة المشتملة على برقية سموكم رقم ١٥٤٩٩ بتاريخ ١٤٣٤/٣/٤هـ بشأن طلب منحكم صلاحية الإعفاء من الإبعاد في قضايا استعمال المخدرات والحيازة بقصد الاستعمال الواردة في نظام مكافحة المخدرات والمؤثرات العقلية الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/٣٩) بتاريخ ١٤٢٦/٧/٨هـ ومن حكم عليه بـ (ستة أشهر) فأقل في قضايا غسل الأموال....، وما أوضحه معاليه من أنه تمت دراسة الموضوع في هيئة الخبراء بمجلس الوزراء بمشاركة مندوبين من الجهات ذات العلاقة، وأوصى المجتمعون في المحضر رقم (١٧) بتاريخ ١٤٣٥/١/٤هـ صدور توجيه يتضمن الآتي:

أولاً: تفويض سموكم بتأجيل تنفيذ حكم عقوبة الإبعاد لغير السعودي عن المملكة، المنصوص عليها في الفقرة (٢) من المادة (٥٦) من نظام مكافحة المخدرات والمؤثرات العقلية، وفقاً للضوابط الموضّحة في كتاب معاليه.

ثانياً: تتولى اللجنة المشكلة بقرار مجلس الوزراء رقم (٢٠١) بتاريخ ١٤٣١/٦/١٠هـ، المكلفة برصد الملحوظات التي قد تطرح حول نظام مكافحة المخدرات والمؤثرات العقلية أو لائحته التنفيذية، دراسة مناسبة أن يُنص في هذا النظام على أن للمحكمة المختصة إيقاف عقوبة الإبعاد لغير السعودي المترتبة على الإدانة بالجرائم المنصوص عليها في النظام، مشيراً معاليه إلى أن اللجنة العامة لمجلس الوزراء اطلعت على هذا الموضوع بتاريخ ١٤٣٥/٢/١٤هـ، ورأت الموافقة على ما تم التوصل إليه في المحضر رقم (١٧) بتاريخ ١٤٣٥/١/٤هـ آنف الذكر.

ونخبركم بموافقتنا على ما رأته اللجنة العامة لمجلس الوزراء بهذا الشأن.. فأكملوا ما يلزم بموجبه) أ.هـ.

لذا نرغب إليكم الاطلاع واعتماد موجبه. والله يحفظكم».

وزير العدل

محمد بن عبدالكريم العيسى



حجز ثلث الراتب للموظف

أصدر معالي وزير العدل تعميماً برقم ١٣/ت/٥٣٠٦ وتاريخ ١٤٣٥/٥/٢هـ يقضي بعدم حجر أكثر من ثلث الراتب الأساسي للموظف وإليكم نص التعميم:

«فقد تلقينا نسخة من تعميم معالي رئيس الديوان الملكي والسكرتير الخاص لخادم الحرمين الشريفين البرقي رقم ١٣٧١٦ في ١٤٣٥/٤/١٣هـ المرفق به ما يلي:

أولاً: صورة من قرار مجلس الوزراء رقم (١٢٧) في ١٤٣٥/٤/٣هـ القاضي بتعديل المادة (٢٠) من نظام الخدمة المدنية الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/٤٩) في ١٣٩٧/٧/١٠هـ لتصبح بالنص الآتي: «لا يجوز الحجز على راتب الموظف إلا بأمر من الجهة المختصة، ولا يجوز أن يتجاوز المقدار المحجوز كل شهر ثلث صافي راتبه الشهري ما عدا دين النفقة، وإذا كان الموظف موقوفاً بسبب مطالبته بديون (للحكومة أو لغير الحكوم) فيصرف له راتبه الأساسي».

ثانياً: صورة من المرسوم الملكي رقم (م/٢٣) بتاريخ ١٤٣٥/٤/١١هـ الصادر بالمصادقة على ذلك.

لذا نرغب إليكم الاطلاع واعتماد موجبه. والله يحفظكم».

وزير العدل

محمد بن عبدالكريم العيسى

ضرورة المحافظة على الوثائق والضبوط

أصدر معالي وزير العدل تعميماً إدارياً برقم ١٣/ت/٥١٦٩ وتاريخ ١٤٣٥/١/١٤هـ يقضي بضرورة المحافظة على الوثائق والضبوط والمعاملات في أماكن مناسبة وتنظيمها. وإليكم نص التعميم:

«إشارة إلى تعميمي الوزارة رقم ١٢/٩٠/ت في ١٣٩٣/٤/٢٥هـ ورقم ١٦٦/٢/ت في ١٣٩١/٩/٢١هـ بشأن حفظ الضبوط والسجلات والأوراق في أماكن مناسبة.

ونظراً لما لوحظ أثناء اطلاع مشرفي لجنة الإتلاف للوثائق على بعض أرشفة المحاكم وكتابات العدل من عدم الاهتمام بحفظ الوثائق بأماكن حفظ مناسبة وأن بعضها يحفظ في أوعية لا تناسب الحفظ بالإضافة إلى عدم ترتيب هذه الوثائق وتعرضها للتلف والضياع وبعضها يحفظ في أماكن قريبة من مصادر المياه والرطوبة وحرارة الشمس.

ولأهمية ما ذكر نرغب من الجميع المحافظة على الضبوط والسجلات والدفاتر ومحتويات الأرشيف من المعاملات والمكاتبات وذلك في أماكن مناسبة وبعيدة عن ما يعرضها للتلف أو الضرر مع التأكيد على ترتيب هذه المحفوظات وتنظيمها تحقيقاً للمصلحة العامة.

للاطلاع واعتماد موجبه. والله يحفظكم».

وزير العدل

محمد بن عبدالكريم العيسى



عدم التصرف في أراضي المساجد

أصدر معالي وزير العدل تعميماً قضائياً برقم ١٣/ت/٥٢٠٣ وتاريخ ١٤٣٥/٢/١هـ بعدم إجازة أي تصرف بالبيع ونحوه على قطع الأراضي المخصصة للمساجد وبيوت الأئمة والمؤذنين ما لم يكن هناك مقتضى شرعي يفيد تعطلها. وإليكم نص التعميم:

"إشارة إلى تعميم الوزارة رقم ١٢/ت/٨٦ في ١٤٠٦/٤/٢٦هـ المبني على الأمر السامي رقم ٤/٤٤٢/م في ١٤٠٦/٣/٦هـ.

فقد ورد للوزارة برقية معالي وزير الشؤون الإسلامية والأوقاف والدعوة والإرشاد رقم ٢٨٠٥/٣/٥/١ في ١٤٣٤/١٢/٢٢هـ المتضمنة قيام بعض أصحاب المخططات الخاصة ببيع الأراضي المخصصة للمساجد أو لمساكن الأئمة والمؤذنين في المخططات الخاصة السكنية ومن ثم يعاد تنظيمها وتغيير استخدامها لغير ما خصصت له، وأن التعليمات السامية ومنها الأمر السامي رقم (٤/٤٤٢/م) المؤرخ في ١٤٠٦/٣/٦هـ تقضي بأن تكون أراضي المساجد ومرافقها محملة على المخطط كما حملت عليه الحدائق والشوارع ولا يجوز التصرف بها لغير ذلك.

وطلب معاليه توجيه أصحاب الفضيلة القضاة وكتاب العدل بعدم إجازة أي تصرف بالبيع ونحوه على قطع أراضي مخصصة للمساجد وبيوت الأئمة والمؤذنين وأن تبقى لما خصصت له، ما لم يكن هناك مقتضى شرعي يفيد تعطلها، وهذه يتم التعامل معها من قبل وزارة الشؤون الإسلامية والأوقاف والدعوة والإرشاد بموجب مسؤوليتها على الأوقاف وبمقتضى الأنظمة والتعليمات.

لذا نرغب إليكم الاطلاع ومراعاة موجبه. والله يحفظكم".

وزير العدل

محمد بن عبدالكريم العيسى

العمل بقرار الجرائم الكبيرة الموجبة للتوقيف

أصدر معالي وزير العدل تعميماً قضائياً برقم ١٣/ت/٥٤٢٣ وتاريخ ١٤٣٥/٨/٣هـ بشأن العمل بالتعميم رقم ١٣/ت/٥٣٨٢ في ١٤٣٥/٦/٢٢هـ المتضمن الجرائم الكبيرة الموجبة للتوقيف وذلك اعتباراً من تاريخ ١٤٣٥/٧/٢٦هـ (تاريخ نشره بالجريدة الرسمية) وإليكم نص التعميم.

«ألحاقاً لتعميم الوزارة رقم ١٣/ت/٥٣٨٢ في ١٤٣٥/٦/٢٢هـ المبني على تعميم صاحب السمو الملكي وزير الداخلية رقم هـ ١٢/ ٢٧٧٠٠ في ١٤٣٥/٦/١٠هـ المرفق به قرار سموه رقم ٢٠٠٠ في ١٤٣٥/٦/١٠هـ بشأن الجرائم الكبيرة الموجبة للتوقيف، وأن يعمل به بعد ثلاثين يوماً من تاريخ نشره في الجريدة الرسمية.

فقد تلقت الوزارة نسخة من تعميم سموه رقم ٣١٩٣١ في ١٤٣٥/٧/٥هـ المتضمن أنه تم نشر القرار الوزاري المشار إليه في جريدة أم القرى بعددها رقم ٤٥١١ الصادر بتاريخ ١٤٣٥/٦/٢٥هـ، وبذلك يكون العمل به اعتباراً من تاريخ ١٤٣٥/٧/٢٦هـ.

لذا نرغب إليكم الاطلاع واعتماد موجبه والله يحفظكم».

وزير العدل بالنيابة

توفيق بن فوزان الربيعة



رفع سقف الإعفاء من غرامة الدولة

أصدر معالي وزير العدل تعميماً برقم ١٣/ت/٥٤٢١ وتاريخ ١٤٣٥/٨/٣هـ يقضي برفع سقف الإعفاء من غرامة الدولة إلى خمسمائة ألف ريال. وإليكم نص التعميم:

"إشارة إلى تعميم الوزارة رقم ١٣/ت/٥٣٨٠ في ١٤٣٥/٦/٢٢هـ المبني على قرار مجلس الوزراء رقم (٢١٠) في ١٤٣٥/٥/٢٣هـ.

فقد تلقينا نسخة من الأمر السامي الكريم البرقي رقم ٢٦٧٠٢ في ١٤٣٥/٧/٩هـ ونصه: (نشير إلى الأمرين رقم س/١١٠٦٥ بتاريخ ١٤١٥/٧/٢٤هـ القاضي بالموافقة على إطلاق سراح من كان جرمه غير خطير ولا فائدة ترجى من بقائه في السجن، وا1ذلك كلما رأى سمو وزير الداخلية أن الأمر يقتضي ذلك أو تتطلبه المصلحة العامة، ورقم س/١٥٢٨٤ بتاريخ ١٤١٧/١٠/١٢هـ القاضي بالموافقة على استفادة الأشخاص المشمولين بالأمر المشار إليه إذا كان ما يعوق استفادتهم منه وجود غرامة مالية لا تتجاوز (٥٠,٠٠٠) خمسين ألف ريال.

كما نشير إلى برقية الديوان الملكي رقم ٢٠٤٤٨ بتاريخ ١٤٣٥/٥/٣٠هـ المبلغ بها قرار مجلس الوزراء رقم (٢١٠) بتاريخ ١٤٣٥/٥/٢٣هـ، والمشار فيها إلى الموافقة على ما وجّه به المجلس من رفع سقف الإعفاء من الغرامة المنصوص عليها بالأمر رقم س/١٥٢٨٤ بتاريخ ١٤١٧/١٠/١٢هـ سالف الذكر إلى (٥٠٠,٠٠٠) خمسمائة ألف ريال.

ونرغب إليكم اعتماد ما وجّه به مجلس الوزراء بهذا الخصوص.. فأكملوا ما يلزم بموجبه) أ.هـ.

لذا نرغب إليكم الاطلاع واعتماد موجبه. والله يحفظكم".

وزير العدل بالنيابة

توفيق بن فوزان الربيعة

العمل بآلية إيقاف العسكريين

أصدر معالي وزير العدل تعميماً برقم ١٣/ت/٥٤٢٢ وتاريخ ١٤٣٥/٨/٣هـ القاضي باعتماد والآلية الخاصة بإيقاف العسكريين وأماكن إيقافهم، وإليكم نص التعميم:

"إشارة إلى تعميم الوزارة رقم ١٣/ت/٣٣٧١ في ١٤٢٩/٤/٢٧هـ بشأن تحديد أماكن إيقاف العسكريين.

فقد تلقينا تعميم صاحب السمو الملكي وزير الداخلية البرقي رقم ٦٤٧٥٦ في ١٤٣٥/٥/٣٠هـ ونصه: (إشارة لبرقية إمارة المنطقة الشرقية رقم ١٧١٨٥ وتاريخ ١٤٣٥/٤/٢٥هـ بشأن المدعو/ ..... يعمل عسكري والصادر بحقه قرار قضائي بحسبه حبساً تنفيذياً بسبب مطالبة مالية، وحيث وجه قاضي التنفيذ بإيقافه بالسجن العام على إثر استدعاء طالبي التنفيذ من خروج خصمهم من التوقيف بمرجعه بمساعدة زملائه، وحيث سبق أن صدر تعميم الوزارة رقم ٩٤١٧٦ وتاريخ ١٤٣٣/٨/١٥هـ الإلحاقي للتعميم رقم ٢١٢ وتاريخ ١٤٣٢/١/١هـ الموجه لكافة القطاعات الأمنية القاضي بالموافقة على ما توصلت إليه اللجنة المشكلة من القطاعات المعنية بمحضرها المرفق صورة منه حول آلية إيقاف العسكريين الذين صدر بحقهم أحكام أو قرارات عسكرية وأماكن إيقافهم.

آمل الاطلاع والإيعاز لمن يلزم بإنفاذه) أ.هـ.

لذا نرغب إليكم الاطلاع واعتماد موجبه، وتجدون برفقه المحضر المشار إليه أعلاه) والله يحفظكم".

وزير العدل بالنيابة

توفيق بن فوزان الربيعة

تفريغ قضاة من المحاكم الإدارية للنظر في الطعن المقدم ضد قرارات لجنة المساهمات العقارية

أصدر معالي وزير العدل تعميماً قضائياً برقم ١٣/ت/٥٣٤٧ وتاريخ ١٤٣٥/٦/٣هـ يقضي بتفريغ قضاة من المحاكم الإدارية للنظر في الدعاوى المرفوعة ضد قرارات لجنة المساهمات العقارية، وإليكم نص التعميم:

«فقد تلقينا نسخة من الأمر الملكي الكريم البرقي رقم ١٤٢٤٩ في ١٤٣٥/٤/١٧هـ الموجه أصله لمعالي رئيس ديوان المظالم ونصه: (اطلعنا على كتاب معالي الأمين العام لمجلس الوزراء رقم ٩٤١ في ١٤٣٥/٤/٥هـ المشار فيه إلى كتاب معالي وزير التجارة والصناعة رئيس لجنة المساهمات العقارية رقم ١١٢/١/١/٢٦٧ في ١٤٣٤/٢/١١ وكتابكم رقم ١/٥/خ في ١٤٣٤/٣/١٥هـ بشأن الشكاوى والطلبات العاجلة التي ترفع بالاعتراض على قرارات لجنة المساهمات العقارية، وما أوضحه معاليه من أن اللجنة العامة لمجلس الوزراء اطلعت على هذا الموضوع وعلى المحاضر المعدة في هيئة الخبراء بمجلس الوزراء ورأت الموافقة على ما انتهت إليه اللجنة المكونة في هيئة الخبراء بمحضرها رقم (١٧١) وتاريخ ١٤٣٥/٣/١٣هـ المتضمن ما أوصى به المجتمعون بقيام مجلس القضاء الإداري باتخاذ ما يلزم من إجراءات لتفريغ قضاة في المحاكم الإدارية، أو تكليفهم خارج وقت الدوام الرسمي من أجل سرعة الفصل في الدعاوى المرفوعة ضد قرارات لجنة المساهمات العقارية.

ولموافقتنا على ذلك؛ نرغب إليكم إكمال اللازم بموجبه) ا.هـ.

لذا نرغب إليكم الاطلاع واعتماد موجبه. والله يحفظكم.

وزير العدل

محمد بن عبدالكريم العيسى

للمدعي حق المطالبة بتعزير الجاني في حالة سقوط الحد عنه

أصدر معالي وزير العدل تعميماً قضائياً برقم ١٣/ت/٥٣٤٥ وتاريخ ١٤٣٥/٦/٣هـ يقضي بأنه إذا لم يحكم للمدعي بحقه الخاص بالحد أو القصاص أو العوض فله المطالبة بتعزير الجاني، وإليكم نص التعميم:

«فقد ورد للوزارة كتاب معالي رئيس المحكمة العليا رقم ٣٥/١١٦٥١٧٩ في ١٤٣٥/٤/٢هـ بشأن الاختلاف حول جعل التعزير بعضه للحق الخاص والبعض للحق العام، وأن المحكمة العليا بهيئتها العامة قامت بدراسة موضوع طلب المدعي الخاص تعزير من جنى عليه متى سقط الحد والقصاص والعوض، وأصدرت بشأنه القرار رقم (٧/م) في ١٤٣٥/٣/٦هـ (المرفق صورته) المتضمن أن الهيئة العامة للمحكمة العليا تقرر بالأكثرية ما يلي:

إذا لم يحكم للمدعي بحقه الخاص بالحد أو القصاص أو العوض، فله المطالبة بتعزير الجاني، وإذا أقام دعواه مع المدعي العام، فيحدد ما للمدعي الخاص من عقوبة تعزيرية.

لذا نرغب إليكم الاطلاع واعتماد موجبه. والله يحفظكم.

وزير العدل

محمد بن عبدالكريم العيسى



ضوابط بيع المزارع على ملاكها

أصدر معالي وزير العدل تعميماً قضائياً برقم ١٣/ت/٥٣٥٠ وتاريخ ١٤٣٥/٦/٣هـ يقضي بجواز بيع حمى المزارع على ملاكها بضوابط محددة، وإليكم نص التعميم:

«فقد تلقينا نسخة من الأمر الملكي الكريم البرقي رقم ١٧٣٩٧ في ١٤٣٥/٥/٩هـ ونصه: (اطلعنا على برقية سموكم رقم ٨٠٩٣ وتاريخ ١٤٣٤/٢/١٣هـ المرفق بها تقرير اللجنة المشكلة بموجب الأمر رقم ٥١٨٢ وتاريخ ١٤٣٢/٨/٩هـ من وزارات «الشؤون البلدية والقروية، والداخلية، والزراعة، والعدل» وإمارة منطقة الرياض لدراسة موضوع حمى المزارع في الدرعية والوصيل وما جاورهما.

وحيث إن تلك الأحمية مرتبطة بالمزارع التي تتبعها وقد تقدم بعض أصحاب المزارع المشار إليها بطلب منحهم حمى مزارعهم أو بيعه عليهم، ولأن الأصل هو بقاؤها على ما هي عليه وعدم استغلالها لغير الغرض الذي خصصت من أجله.

نرغب إليكم اعتماد ما يلي:

أولاً: لا مانع من بيع الحمى على مالك المزرعة إذا رغب في ذلك وفقاً للضوابط التالية:

١- التأكد من وجود صك ملكية للمزرعة مستكمل للإجراءات الشرعية والنظامية وعدم وجود خلافات أو معارضات حول الحمى.

٢- لا تتجاوز المساحة التي يتم بيعها بأي حال من الأحوال المساحة التي حددتها الأوامر رقم ١٩١٣٦ وتاريخ ١٣٩٩/٨/٢١هـ ورقم ٢٨١/م وتاريخ ١٤١٥/٢/١٠هـ ورقم ٧٤/م وتاريخ ١٤١٨/٢/٦هـ والتي هي بعمق يتراوح من ١٥٠م – ٢٠٠م بطول المُلك فقط. وإذا كانت المساحة المتوافرة من الحمى أقل من ذلك فيقتصر عليها.

٣- يكون البيع لمن يرغب في الشراء خلال خمس سنوات من تاريخ أمرنا هذا وبعدها يوقف البيع نهائياً.

٤- يستثنى من البيع ما قد يكون خصص في تلك الأحمية للمرافق العامة من مسارات كخطوط الكهرباء، والماء، والهاتف، والطرق وغيرها من الخدمات العامة.

٥- تقدم طلبات الشراء للبلدية المعنية ويقرن البيع بالسعر السائد وقت البيع ويحدد ذلك بواسطة لجنة من البلدية ووزارة المالية ووزارة الزراعة وإمارة المنطقة ويشترك معهم عضو من أهل الخبرة.

٦- تودع المبالغ التي يتم تحصيلها نتيجة للبيع في خزينة الدولة (لصالح إيرادات وزارة الشؤون البلدية والقروية) ولا يجوز بأي حال من الأحوال الإعفاء من قيمة الحمى.

٧ – يكون بيع الحمى على مالك المزرعة منهياً لمطالبته بأي اختصاص آخر.

٨- تبقى هذه الأحمية مرتبطة بالمزارع ما دامت باقية على أصلها وعدم السماح بتحويلها إلى مخططا سكنية وفي حال البناء عليها من قبل صاحب الملك تطبق اشتراطات البلدية وأنظمتها في البناء وغيره ولا تتجاوز نسبة البناء (١٠٪) من مساحة الحمى.

٩- في حال حدوث خلاف أو دعوى بشأن الحمى فللمدعي التقدم بدعواه لدى المحكمة المختصة والعبرة بما يتقرر شرعاً ويكتسب القطعية، وتكون الدعوى في مواجهة من تم البيع عليه ولا يحق له

معنى الشروع في جرائم المخدرات وعقوبتها

أصدر معالي وزير العدل تعميماً قضائياً برقم ١٣/ت/٥٣٤٢ تاريخ ١٤٣٥/٦/٣هـ يقضي بإيضاح معنى الشروع في جرائم المخدرات ومعنى عقوبته، وإليكم نص التعميم:

«فقد ورد للوزارة كتاب معالي رئيس المحكمة العليا رقم ٣٥/١٢٥٨٧٦٠ في ١٤٣٥/٥/١هـ بشأن حصول إشكال في أن الفقرة (٢) من المادة (٥٨) من نظام مكافحة المخدرات نصت على أن العقوبة على الشروع «المبين فيها» لا تزيد على نصف الحد الأعلى لعقوبتي السجن والغرامة للجريمة التامة، بينما العقوبة التامة لم تحدد في البندين الثاني والثالث من المادة (٣٧) من النظام المذكور حتى يعرف نصف حدها الأعلى، وأن المحكمة العليا بهيئتها العامة قامت بدراسة ضابط الشروع التي لم ينص على حدها الأعلى وأصدرت بشأنه القرار رقم (٨/م) في ١٤٣٥/٣/٢٥هـ (المرفق صورته) المتضمن أن الهيئة العامة للمحكمة العليا تقرر بالأكثرية الآتي:

أولاً: الشروع في جرائم المخدرات هو: القيام قصداً ببعض أفعال الجريمة دون تحقق النتيجة.

ثانياً: عقوبة الشروع في أي جريمة من جرائم المخدرات التي لم ينص على الحد الأعلى من جنس عقوبتها الأدنى، مرسلة تعود لاجتهاد القاضي، على ألا تزيد عن الحد الأدنى المنصوص عليه في الجريمة التامة.

لذا نرغب إليكم الاطلاع واعتماد موجبه. والله يحفظكم.

وزير العدل

محمد بن عبدالكريم العيسى

الرجوع على البلدية بأي حال من الأحوال.

ثانياً: في حال عدم رغبة صاحب المزرعة في الشراء – خلال المدة المحددة وهي خمس سنوات من تاريخ أمرنا هذا – يكون حقه في الشراء لاغياً وتطبق ما تقضي به الأوامر رقم ١٩١٣٦ وتاريخ ١٣٩٩/٨/٢١هـ ورقم ٢٨١/م وتاريخ ١٤١٥/٢/١٠هـ ورقم ٧٤/م وتاريخ ١٤١٨/٢/٦هـ – المشار إليها – على مساحة الحمى.

ثالثاً: تقوم لجنة مراقبة الأراضي وإزالة التعديات بتطبيق الصكوك لجميع المزارع الواقع على ضفاف وادي حنيفة ووادي لبن وروافدهما من الجهتين وذلك في كل من الرياض وعرقة والدرعية والوصيل وما جاورها وملاحظة التجاوزات وتطبيق التعليمات بخصوصها، بما في ذلك الإحداثات الواقعة على الأراضي الخارجة عن حدود الحمى المخصص لكل مزرعة.

رابعاً: على الجهات المعنية تطبيق ذلك بكل دقة وعدم التهاون أو الاستثناء من ذلك لأي كائن من كان وبأي حال من الأحوال.. فأكملوا ما يلزم بموجبه» ا.هـ.

لذا نرغب إليكم الاطلاع واعتماد موجبه. والله يحفظكم.

وزير العدل

محمد بن عبدالكريم العيسى

عدم الحجز على أكثر من ثلث الراتب بعد إذن الجهة

أصدر معالي وزير العدل تعميماً إدارياً برقم ١٣/ت/٥٣٠٦ وتاريخ ١٤٣٥/٥/٢هـ يقضي بعدم الحجز على أكثر من ثلث الراتب ما عدا دين النفقة ولا يتم إلا بعد أخذ إذن الجهة المختصة، وإليكم نص التعميم:

«فقد تلقينا نسخة من تعميم معالي رئيس الديوان الملكي والسكرتير الخاص لخادم الحرمين الشريفين البرقي رقم ١٣٧١٦ في ١٤٣٥/٤/١٣هـ المرفق به ما يلي:

أولاً: صورة من قرار مجلس الوزراء رقم (١٢٧) في ١٤٣٥/٤/٣هـ القاضي بتعديل المادة (٢٠) من نظام الخدمة المدنية الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/٤٩) في ١٣٩٧/٧/١٠هـ لتصبح بالنص الآتي: «لا يجوز الحجز على راتب الموظف إلا بأمر من الجهة المختصة، ولا يجوز أن يتجاوز المقدار المحجوز كل شهر ثلث صافي راتبه الشهري ما عدا دين النفقة، وإذا كان الموظف موقوفاً بسبب مطالبته بديون (للحكومة أو لغير الحكومة) فيصرف له راتبه الأساسي».

ثانياً: صورة من المرسوم الملكي رقم (م/٢٣) بتاريخ ١٤٣٥/٤/١١هـ الصادر بالمصادقة على ذلك.

لذا نرغب إليكم الاطلاع واعتماد موجبه. والله يحفظكم.

وزير العدل

محمد بن عبدالكريم العيسى

تعريف معنى: قتل الغيلة وحكمه

أصدر معالي وزير العدل تعميماً قضائياً برقم ١٣/ت/٥٣٤٣ وتاريخ ١٤٣٥/٦/٣هـ يقضي بتعريف معنى قتل الغيلة وحكمه، وإليكم نص التعميم:

«فقد ورد للوزارة كتاب معالي رئيس المحكمة العليا رقم ٣٥/١٢٥٨٨٢٠ في ١٤٣٥/٥/١هـ بشأن موضوع قتل الغيلة وما حصل حوله من استشكال هل هو نوع من أنواع الحرابة؟ وهل هو مقدم على الحق الخاص؟ وأن المحكمة العليا بهيئتها العامة قامت بدراسة الموضوع وأصدرت بشأنه القرار رقم (٩/م) في ١٤٣٥/٣/٢٥هـ (المرفق صورته) المتضمن أن الهيئة العامة للمحكمة العليا تقرر بالإجماع ما يلي:

أولاً: القتل غيلة: هو ما كان عمداً عدواناً على وجه الحيلة والخداع يأمن معه المقتول من غائلة القاتل، سواء على مال، أو لانتهاك عرض، أو خوف فضيحة وإفشاء سرها، أو نحو ذلك، وهو نوع من أنواع الحرابة.

ثانياً: القاتل غيلة يقتل حداً لا قصاصاً، ولا يقبل فيه العفو، وهو مقدم على الحق الخاص.

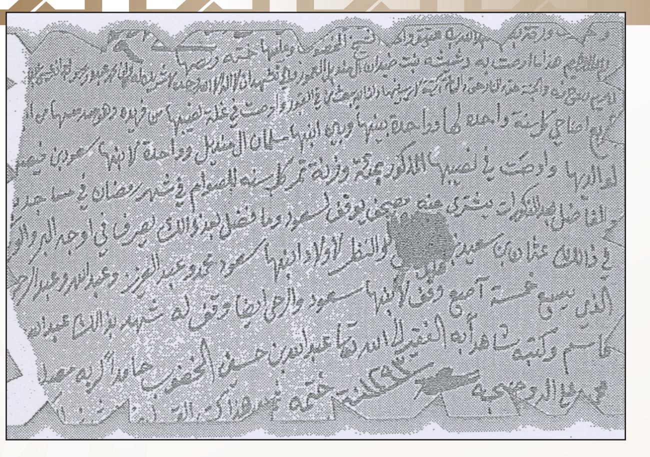
لذا نرغب إليكم الاطلاع واعتماد موجبه. والله يحفظكم.

وزير العدل

محمد بن عبدالكريم العيسى



وصية والدة الإمام سعود بن فيصل في نصيبها من مزرعة (فريدة)



الوثائق القضائية هي البينات الصادقة، والمستند القوي، فهي تصور الماضي القضائي التليد.. وهي المورد العذب والحافز للهمم، وموثق لحقائق ثابتة، ومؤرخ لتاريخ مضى، وحافظ لوقائع مؤكدة، ومخلد لذكرى عطرة لقضاتنا الأجلاء.. وهي منبهة من الغفلة ومذكية للعزيمة ومذكرة لحق صادق.. وحينما يطلع عليها الجيل اللاحق، يدرك خبر من سبقه، حيث تذكره بما كان عليه الأسلاف من براءة وبساطة وحسن نية، فيفرقوا بين العصرين.. وتتضح مقدار نعم الله وفضله وكرمه، فيما جد وتهيأ من أفضال ونعم تترى.. وتبين ما تهيأ من أمن بعد خوف، وسعة بعد ضيق، وفرج بعد شدة، وعلم بعد جهل، وضبط وحسن إجراء، ووضوح هدف.

ونعرض في هذا العدد وصية المرأة/ دشيشة بنت ضيدان آل منديل العمور، التي أوصت في غلة نصيبها من مزرعة فريدة بالدلم، وهو سُدسها الذي ورثته من ابنها الأمام سعود بن فيصل بن تركي، وذلك في أربع أضاحي تذبح كل سنة: واحدة لها، وواحدة بينها وبين ابنها الآخر سلمان بن منديل، وواحدة لابنها المذكور سعود بن فيصل وواحدة لوالديها. كما أوصت بمائة وزنة تمر كل سنة للصوام في شهر رمضان في مساجد بلد الدلم، والفاضل بعد ذلك يشتري منه مصحف يوقف لابنها سعود المذكور، وما فضل بعد ذلك يُصرف في أوجه الخير، والوكيل عنها في ذلك/ عثمان بن سعيد بن هليل، والناظر لأولاد ابنها سعود وهم: محمد وعبدالعزيز وعبدالله وعبدالرحمن، كما أن (القِدر) ذات السعة (خمسة أصواع) و(الرَّحى)، يكونا وقفاً لابنها سعود المذكور، شهد بذلك/ عبدالله بن حمد بن قاسم وكاتبة الشيخ عبدالله بن حسين المخضوب عام ١٢٩٣هـ قاضي الدلم في ذلك الوقت.

نص الوثيقة:

بسم الله الرحمن الرحيم، هذا ما أوصت به شيشة بنت ضيدان آل منديل العمور، وهي تشهد أن لا إله إلا الله وحده لا شريك له، وأن محمداً عبده ورسوله، وأن عيسى عبدالله ورسوله، وكلمته ألقاها إلى مريم وروح منه، والجنة حق والنار حق والساعة آتية لا ريب فيها، وأن الله يبعث من في القبور، وأوصت في غلة نصيبها من فريدة، وهو سدسها من ابنها سعود بأربع أضاح كل سنة، واحدة لها، وواحدة بينها وبين ابنها سلمان آل منديل، وواحدة لابنها سعود بن فيصل، وواحدة لوالديها.

وأوصت في نصيبها المذكور بمائة وزنة تمر كل سنة للصوام في شهر رمضان في مساجد بلد الدلم، والفاضل بعد المذكورات يشتري منه مصحف يوقف لسعود، وما فضل بعد ذلك يصرف في أوجه الخير، والوكيل لها في ذلك عثمان بن سعيد بن هليل، والنظر لأولاد ابنها سعود: محمد وعبدالعزيز وعبدالله وعبدالرحمن. والقِدر الذي يسع خمسة أصواع وقف لابنها سعود، والرَّحى أيضاً وقف له. شهد بذلك عبدالله بن حمد بن قاسم، وكتبه شاهداً به الفقير إلى الله تعالى عبدالله بن حسين المخضوب حامداً لربه مصلياً ومسلماً على محمد، وعلى آله وصحبه سنة ١٢٩٣هـ ختمه).

إثر صدور الأوامر الملكية بترقية وتعيين ونقل عدد من القضاة

وزير العدل يصدر القرارات التنفيذية اللازمة لترقية ٩ قضاة على مختلف درجات السلك القضائي وتعيين ١٦

أصدر خادم الحرمين الشريفين الملك عبدالله بن عبدالعزيز آل سعود - حفظه الله - أوامره الكريمة بترقية وتعيين ونقل (٢٦) قاضياً بوزارة العدل على مختلف درجات السلك القضائي.

وتضمنت هذه الأوامر الكريمة ترقية (٩) قضاة من درجة ملازم قضائي إلى درجة قاضي (ج) وتعيين (٤) قضاة على درجة قاضي (ب) وتعيين (١٢) من المشايخ على درجة ملازم قضائي، ونقل قاضي يشغل درجة قاضي (أ) إلى جامعة شقراء.

وأوضح وزير العدل الدكتور محمد بن عبد الكريم العيسى أن هذه الأوامر الملكية الكريمة تأتي في إطار الدعم المتواصل من خادم الحرمين الشريفين - حفظه الله - لقطاع القضاء، ويؤكد اهتمامه الكبير والمستمر بالشؤون الوظيفية للقضاة، مما يُسهم بعون الله وتوفيقه في رفعة وتطور هذا المرفق المهم في مشمول مشروعه الميمون لتطوير مرفق القضاء ورعايته الدائمة لمتطلبات واحتياجات السلك القضائي.

وسأل المولى جلَّ وعلا أن يجزي خادم الحرمين الشريفين خير الجزاء، وأن يبارك في جهود الكوادر القضائية، لتكون كما هو العهد بها على مستوى الاضطلاع بالمسؤولية الملقاة على عاتقها.

بسم الله الرحمن الرحيم

الرقم: أ/١٨٠

التاريخ: ١٤٣٥/٩/٢٠هـ

بعون الله تعالى

نحن عبدالله بن عبدالعزيز آل سعود ملك المملكة العربية السعودية

بعد الاطلاع على نظام القضاء، الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/٧٨) بتاريخ ١٤٢٨/٩/١٩هـ. وبناء على قرارات المجلس الأعلى للقضاء من رقم (٣٤/١/١٠٧) إلى رقم (٣٤/١/١١٥) المؤرخة في ١٤٣٤/٤/١٧هـ، ورقم (٣٤/٣/٤٦٤) بتاريخ ١٤٣٤/٨/٢٤هـ، ورقم (٣٤/٤/٥٦٠) بتاريخ ١٤٣٤/١١/٣هـ، ورقم (٣٥/٥/٦٤٢) بتاريخ ١٤٣٥/١/١٥هـ، ورقم (٣٥/٧/٨٠٥) ورقم(٣٥/٧/٨٠٦) المؤرخين في ١٤٣٥/٤/١٩هـ، ورقم (٣٥/٨/٨٦٢)ورقم (٣٥/٨/٨٦٣) ورقم (٣٥/٨/٨٨٥) المؤرخة في ١٤٣٥/٦/٧هـ، ورقم (٣٥/٨/٨٩٧) بتاريخ ١٤٣٥/٦/٩هـ.

أمرنا بما هو آت:

أولاً: ينقل الشيخ / مساعد بن حمد بن عبدالله الشريدي الذي يشغل درجة قاضي (أ) إلى جامعة شقراء، ويصنف على الوظيفة التي يستحقها حسب النظام.

ثانياً: يعين المشايخ التالية أسمائهم على درجة قاضي (ب) اعتبارا من التاريخ الموضح أمام اسم كل منهم :

١-محمد بن فرحان بن محمد القحطاني ١٤٣٥/١/٢هـ.



٢-سلطان بن خلف بن عبدالله الدوسري ١٤٣٥/٣/٢٧هـ.

٣-عبدالله بن محمد بن عبدالله بن مهناء ١٤٣٥/٣/٢٧هـ.

٤- بدر بن عبدالله بن علي الريس ١٤٣٥/٥/١٧هـ.

ثالثاً: يرقى المشايخ التالية أسمائهم من درجة ملازم قضائي إلى درجة قاضي (ج) اعتبارا من١٤٣٥/٥/١٧هـ:

١-هشام بن عبدالعزيز الراجحي.

٢-فيصل بن علي العطوي.

٣-محمد بن مبارك آل شملان.

٤-عبدالله بن منصور السماري.

٥-عبدالمجيد بن صالح الجربوع.

٦-علي بن حسن البارقي.

٧-إبراهيم بن حامد الغامدي.

٨-عبدالله بن علي العمري.

٩-ماجد بن صالح المحيميد.

رابعاً: يعين الملازمون القضائيون التالية أسمائهم على درجة (ملازم قضائي):

١-عمر بن سليمان بن موسى العبيد.

٢-يوسف بن عبدالله بن إبراهيم الغفيلي.

٣-عبد الله بن محمد بن موسى الدهيمان.

٤-عبدالرحمن بن عبدالعزيز بن إبراهيم الدبيخي.

٥-عبدالله بن عبدالعزيز بن عبدالله الدخيل.

٦-سليمان بن سعود بن عبدالرحمن السمحان.

٧-عمر بن مهدي بن راشد الشمري.

٨-عمر بن شايع بن ناصر المسعر.

٩-مشهور بن بشير بن مرزوق البلوي.

١٠-أحمد بن بندر بن صلبي السويط.

١١-أحمد بن إبراهيم بن عبدالعزيز الغنيم.

١٢-عبدالرحيم بن عطيه بن سالم الفضلي.

خامساً: على وزير العدل تنفيذ أمرنا هذا.

عبدالله بن عبدالعزيز آل سعود

بسم الله الرحمن الرحيم

الرقم: أ/٤٠

التاريخ: ١٤٣٥/٣/٢٨هـ

بعون الله تعالى

نحن عبدالله بن عبدالعزيز آل سعود ملك المملكة العربية السعودية

بعد الاطلاع على المادة (٤٧) من نظام القضاء، الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/٧٨) بتاريخ ١٤٢٨/٩/١٩هـ.

وبناءً على قرارات المجلس الأعلى للقضاء من رقم (٣٤/٣/٤٦١) ورقم (٣٣/٢٠/٢٣٩٦) إلى رقم (٣٤/٣/٤٦٣) ورقم (٣٤/٣/٤٦٥) ورقم (٣٤/٣/٤٦٦) ومن رقم (٣٤/٣/٤٦٩) المؤرخة في ١٤٣٤/٨/٢٤هـ ورقم (٣٤/٤/٥٥٦) ورقم (٣٤/٤/٥٥٧) المؤرخين في ١٤٣٤/١١/٣هـ ورقم (٣٥/٥/٦٥٢) بتاريخ ١٤٣٥/١/٢١هـ.

أمرنا بما هو آت:

أولاً: يعين المشايخ التالية أسمائهم على درجة ملازم قضائي:

١-صهيب بن نجيب بن حمد الشارخ.

٢-محمد بن محزم بن مانع الدوسري.

٣-عبدالرحمن بن سعيد بن ضيف الله الوادعي.

٤-محمد بن فهاد بن محمد القحطاني.

٥-عبدالمنعم بن سالم بن عبدالله البخيت.

٦-فهد بن يحيى بن سعد الشمراني.

٧-ظافر بن محمد بن ناصر الشهراني.

٨-محمد بن احمد بن لاحق العسيري.

ثانياً: على وزير العدل تنفيذ أمرنا هذا.

عبدالله بن عبدالعزيز آل سعود



بسم الله الرحمن الرحيم

الرقم: أ/٧٩

التاريخ: ١٤٣٥/٥/١هـ

بعون الله تعالى

نحن عبدالله بن عبدالعزيز آل سعود ملك المملكة العربية السعودية

بعد الاطلاع على نظام القضاء، الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/٧٨) بتاريخ ١٤٢٨/٩/١٩هـ.

وبناءً على قرارات المجلس الأعلى للقضاء من رقم (٣٣/١٧/١٩٦٩) ورقم (٣٢/١٣/١٤٧٧) ورقم (٣٣/١٧/١٩٧١) المؤرخين في ١٤٣٤/٢/٢هـ ورقم (٣٥/٥/٥٩٩) ورقم (٣٥/٥/٦٠١) ورقم (٣٥/٥/٦٢٦) المؤرخة في ١٤٣٥/١/١٤هـ ورقم (٣٥/٥/٦٦٠) بتاريخ ١٤٣٥/١/٢٩هـ ورقم (٣٥/٧/٧٣٦) بتاريخ ١٤٣٥/٤/٩هـ ورقم (٣٥/٧/٨٠٠) بتاريخ ١٤٣٥/٤/١٩هـ.

أمرنا بما هو آت:

أولاً: يرقى الشيخان التالي اسماهما من درجة قاضي (ج) إلى درجة قاضي(ب) اعتباراً من ١٤٣٢/١٠/١٢هـ:

١-احمد بن علي عسيري.

٢-عبدالرحمن بن حمود النافع.

ثانياً: يرقى الملازمون القضائيون التالية أسمائهم إلى درجة قاضي (ج) اعتباراً من ١٤٣٤/١٠/٢٧هـ:

١-يحيى بن خميس الغامدي.

٢-عبدالله بن متعب الشمراني.

٣-محمد بن عواد العنزي.

٤-محمد بن رشيد العنزي.

ثالثاً: على وزير العدل تنفيذ أمرنا هذا.

عبدالله بن عبدالعزيز آل سعود

معالي الوزير يفتتح ملتقى رؤساء محاكم الاستئناف

افتتح معالي وزير العدل الشيخ الدكتور محمد بن عبد الكريم العيسى صباح يوم الأربعاء ٢٠ شعبان ١٤٣٥هـ فعاليات ملتقى رؤساء محا كم الاستئناف بالمملكة، وذلك بمحافظة الطائف وبحضور رئيس المحكمة العليا ووكيل وزارة العدل وبقية أعضاء المجلس الأعلى للقضاء.

وأوضح الوزير في كلمته الافتتاحية أهمية هذا اللقاء في دعم توحيد العمل الإجرائي لمحاكم الاستئناف من خلال مناقشة مشروع لائحته، مع تبادل الرأي والمقترحات في العديد من الموضوعات التي تهم هذه المحاكم الإشرافية في نطاق اختصاصها الحالي، مع العمل على استكمال متطلبات انطلاقة عملها المشمول بنظام القضاء بعد انتهاء فترته الانتقالية الثانية، كما نوه بسرعة الفصل في القضايا لدى محاكم الاستئناف والتي لا تتجاوز في عدد منها حيز الأسبوع الواحد، مشيراً إلى كفاءة الكوادر الشرعية المؤهلة، ومواصلة جهودها في سرعة الإنجاز القضائي، وفق ما أوضحته الإحصاءات المعلنة التي تكشف المستوى الإيجابي لمعدل الانخفاض في مدد التقاضي.

معالي الوزير: النظام العدلي في المملكة يعتمد أهم وأحدث الإجراءات العالمية

أوضح معالي وزير العدل الدكتور محمد بن عبد الكريم العيسى أن النظام العدلي في المملكة، يعتمد أهم وأحدث الإجراءات العالمية، ويراعي متطلبات الاتفاقات الدولية المصدق عليها وأدلتها الاسترشادية، وقال إن محاور مشروع الملك عبد الله بن عبد العزيز لتطوير مرفق القضاء تضمنت إصلاحات تحديثية شملت العديد من التشريعات والتعديلات التشريعية، وهندسة إجراءات المحاكم، ومتابعة تأهيل وتدريب أعضاء الجهاز القضائي.

وبين خلال محاضرة ألقاها بناء على التوجيه الكريم في الملتقى الأممي للاتحاد الدولي للمحامين الذي عقد في نيويورك بالولايات المتحدة الأمريكية في شهر شعبان الماضي إن المبادئ الدستورية والقانونية الدولية تمنع تجاوز الحريات لدساتير وقوانين الدول، وأن احترام النظام العام مسألة سيادية لكل دولة، مؤكدا أن الرأي المجرد مرحب به في عدالة الإسلام، بل ويترجم أهم روافد الدعم التشريعي والإصلاحي، وأن استمرار إصلاحات الإجراءات القضائية في المملكة يعكس بوضوح مرونة وتطور عملها العدلي.

وفي سياق ذي صلة، أوضح الدكتور محمد العيسى أن تعدد الاجتهاد في النص الإسلامي يماثل تعدده في النص الوضعي، وأن المبادئ المختارة من قبل المحكمة العليا تضمن استقرار الأحكام القضائية.

وتابع في حواره على هامش الملتقى أن بعض الهيئات والمنظمات الحقوقية مدفوعة بشعورها الداخلي المحمولة عليه (ثقافياً ووجدانياً) للدعوة لثقافتها لا للحقوق المجردة، وأن الغربي يجب أن يسلم بأن لدى الشرقي خصائص أخلاقية وثقافية يعتز بها، ويتعين على الجميع الاعتراف بهذه الفروق الإنسانية حتى لا يكون هناك تجاوز لنطاق الحكمة والموضوعية في التعامل مع الآخر.

وبيّن وزير العدل أن الفهم الخاطئ، وأحادية المصدر، وتجاهل التنوع الثقافي هو سبب جسامة أخطاء بعض التقارير الحقوقية، مؤكداً من خلال النماذج التي طرحها على الحضور أن المملكة في قائمة الدول الأسرع والأكثر مرونة في التحديثات الإصلاحية مقارنة بالعمر التأسيسي لكل دولة، وأن المملكة تاريخيا هي حاملة راية الدعوة للحوار الثقافي والحضاري والديني التي تبناها ودعمها وأسس لمركزها العالمي خادم الحرمين الشريفين الملك عبد الله بن عبد العزيز آل سعود - حفظه الله - ما يؤكد أن المملكة تحمل روحا منفتحة نحو الآخرين متمنية الخير للإنسانية أجمع.

بحضور معالي أمين منطقة الرياض.. وزير العدل يدشن كتابة عدل أولى بوسط الرياض

دشن معالي وزير العدل الدكتور محمد بن عبد الكريم العيسى الأربعاء ٢٠ شعبان ١٤٣٥هـ كتابة العدل الأولى في مقر وكالة أمانة الرياض للأراضي والمساحة بوسط الرياض، بحضور معالي أمين منطقة الرياض المهندس عبدالله بن عبد الرحمن المقبل.

وأعرب المهندس عبدالله المقبل عن شكره وتقديره لمعالي وزير العدل على موافقته على إنشاء كتابة العدل في أمانة الرياض، في بادرة هي الأولى من نوعها على مستوى أمانات المناطق وفي خطوة تهدف من خلالها وزارة العدل وأمانة الرياض إلى تسهيل إجراءات المواطنين الذين يراجعون الأمانة لإنهاء إجراءات استخراج وثائقهم وأي معاملات تخصهم بهذا الشأن.

وبيّن أمين الرياض أنه قد تم الانتهاء من الربط الالكتروني بين الأمانة وكتابة العدل لتقليص المدة والإجراءات .

وزير العدل يدشن خدمة التقاضي المرئي عن بعد للربط بين المحاكم والسجون

دشن وزير العدل رئيس المجلس الأعلى للقضاء معالي الشيخ الدكتور محمد بن عبد الكريم العيسى يوم الأربعاء ٢٠ شعبان ١٤٣٥هـ خدمة التقاضي المرئي عن بعد للربط بين المحاكم والسجون، والذي يستهدف إنجاز القضايا وإجراءاتها عن بعد بيسر ومرونة واختصار الوقت والجهد وتقليص حجم التكاليف المادية.

و أوضح معاليه أن المجلس الأعلى للقضاء أقر إجازة تقنية المحاكمات عن بُعد، وعلى ضوئه أكملت وزارة العدل متطلبات إطلاق هذه الخدمة والتي تمثل تحولا نوعيا وتاريخيا على مستوى المنافسة العالمية في «سرعة» أداء العدالة بكافة ضماناتها الشرعية والنظامية، ولاسيما تخفيف الأعباء على السجناء من جهة ، وحسم قضاياهم بشكل مرن وعاجل من جهة أخرى، وكذا تخفيف الأعباء على الجهات الأمنية في حراساتها وتنقلاتها، فضلا عن القضاء على إشكالية ترحيل العديد من الجلسات القضائية المحددة سلفا بسبب عدم تهيؤ إحضار السجناء لأي من المسوغات الشرعية والنظامية الخاصة أو العامة، مشيرا إلى أن هذا المنجز يأتي في إطار تطوير آلية العمل العدلي ضمن مشروع خادم الحرمين الشريفين الملك عبد الله بن عبد العزيز لتطوير مرفق القضاء، مؤكدا أنه وبحسب قرار المجلس سالف الذكر فإن للقاضي السلطة التقديرية في طلب أطراف الدعوى عند قيام المقتضي الشرعي، موضحا معاليه أن قرار المجلس استثنى قضايا الإتلافات، مشترطاً التحقق من هوية المتصل والمتصل عليه عن طريق البصمة الإلكترونية وأن يكون الاتصال حيا صوتا وصورة، وفيما يحتاج للترجمة اشترط القرار أن يكون المترجم من قائمة المعتمدين من وزارة العدل، وأن يتم كافة ما ذكر بإشراف مباشر من القاضي أو القضاة ناظري القضية للتحقق من صحة وسلامة الاتصال.

من جهته أشاد معالي مساعد وزير الداخلية لشؤون العمليات الفريق الأول سعيد بن عبدالله القحطاني بخدمة التقاضي المرئي عن بعد للربط بين المحاكم والسجون والذي يأتي ضمن المحور التقني لمشروع الملك عبدالله بن عبدالعزيز لتطوير القضاء والخطوات الكبيرة التي خطتا القطاعات الأمنية والقضائية في استخدام التنقية الحديثة .

وأضاف معاليه أن وزارتي الداخلية والعدل شركاء أساسين في منظومة العدالة ولن تألو وزارة الداخلية جهدا في تقديم الخدمات والمساعدات لوزارة العدل .

من جهته وأوضح سعادة اللواء إبراهيم بن محمد الحمزي مدير عام السجون أن هذا المشروع يأتي ضمن الخطاط التطويرية التي يعيشها القطاعين العدلي والأمني في المملكة . مشيرا أن خدمة التقاضي المرئي عن بعد للربط بين المحاكم والسجون من المشاريع الإستراتيجية الهامة في العملية الأمنية والقضائية والتي يعول عليها سرعة انجاز المحاكمات وتنفيذ الأحكام وحفظ الجهد والمال .

شملت الشأن القضائي والإسنادي..
وزارة العدل تنظم ست ورش بمحافظة الطائف

نظمت وزارة العدل ممثلة بـالإدارة العامة لتدريب القضاة ضمن برنامجها الموجه لأصحاب الفضيلة القضاة ست ورش عمل بمدينة الطائف بمشاركة عدد من أصحاب الفضيلة القضاة.

حيث تناولت ورشة عمل (أحكام التعويض ورد الاعتبار) التعريف بالتعويض ونظرية التعويض في الشريعة الإسلامية والحكمة من مشروعيته وأنواعه في الشريعة والقانون، ومبادئ التعويض وأشكاله نظاما وإجراءاته ودعوى التعويض وكيفية تقديره، كما تناول البرنامج العملية التعويضية والجهات القضائية وغير القضائية ذات العلاقة والعوامل الداخلية والخارجية والدولية وأثر الاتصال والتجارة والأزمات الدولية في العملية التعويضية.

في حين تناولت ورشة عمل(الصياغة القضائية) أهمية الصياغة القضائية وقواعدها والفرق بين الصياغة القضائية والقانونية ومراحل الصياغة القضائية «صياغة الدعوى، صياغة الإجابة، صياغة الاثبات القضائي، صياغة أسباب الحكم، صياغة منطوق الحكم» وصياغات الضبط والصكوك ومشكلات الصياغة القضائية.

كما تناولت ورشة عمل (الحكم الغيابي) معنى التبليغ والمراد به أحكامه والحكم الغيابي في الفقه (تحديد الحاضر والغائب وحالات الغائب والحكم على الغائب وحبسه) والحكم الغيابي في النظام وغياب المدعي والمدعى عليه وحالاته وحقوق المحكوم عليه غيابيا والحكم الحضوري والفرق بينه وبين الحكم الغيابي.

فيما تناولت ورشة (مهارات التفويض والتوجيه) التفويض كعملية أهداف عملية التفويض والتوقعات وأساليب التفويض وعوائقه وكيفية تطبيق إجراءات التفويض وطرق معالجة الموضوعات وأساليب التفويض وخطوات التفويض الناجح والتفويض كوسيلة للتوجيه والتدريب.

وتناولت ورشة عمل (تنمية المهارات القيادية) أبرز نظريات ومفاهيم القيادة وتطويرها ومقارنة بين القيادة والإدارة من حيث الاهتمامات والأدوار ومفردات الإدارة والقيادة: القوة، السلطة، التأثير تحديات الإدارة في بيئة متغيرة (المتغيرات الخارجية، تغير دور المدير من مراقب إلى مدرب) والتجارب الناجحة في القيادة والإدارة واختيار الأسلوب القيادي والإداري المناسب والاتصال الفعال وأهميته للقيادة وللإدارة.

في حين تناولت ورشه عمل (مهارات الحاسب الآلي) مكونات الحاسب وإدارة الملفات والمجلدات وأساسيات البحث وإعداد البريد الإلكتروني والانترنت ونظرة عامة على برامج معالجة النصوص.

وقد حظي البرنامج في خطته التدريبية الجديدة بالمزيد من التطويرات والتي جاءت نتائج للقاءات وورش العمل وحلقات النقاش مع عدد من أصحاب الفضيلة القضاة فتم إضافة فئات قضائية جديدة مثل قضاة التنفيذ وقضاة الأحوال الشخصية والقضاة الذين أتموا سنة من تاريخ المباشرة في محاكم الدرجة الأولى وإعادة صياغة البرامج التدريبية وإضافة عدد من الموضوعات الجديدة.

ست ورش عمل لتنمية مهارات القضاة في المدينة المنورة

أنهت وزارة العدل يوم الإثنين ٤ شعبان ١٤٣٥هـ بالمدينة ست ورش عمل للقضاة. فقد عقدت ورشة عمل (وسائل الإثبات). وورشة (نظام المرور وحوادث السير). وورشة (مدخل لدراسة الأنظمة). وورشة (الفاعلية في إدارة المكتب القضائي). وورشة عمل (إدارة التغيير). وورشة عمل (القراءة السريعة والتلخيص) .

وتهدف الوزارة من إقامة هذه الورش إكساب أصحاب الفضيلة القضاة مزيدا من المعرفة في موضوعات الورش وإطلاعهم على المستندات الشرعية والإجراءات النظامية المستحدثة.

اختتام دورة تأهيل العاملين
في مكاتب الخدمة الاجتماعية بالمحاكم

اختتم يوم الأربعاء ٢٧ شعبان ١٤٣٥هـ البرنامج التدريبي «تأهيل العاملين في مكاتب الخدمة الاجتماعية في المحاكم» والذي يستهدف تزويد الباحثين الاجتماعيين العاملين بالمحاكم بالإجراءات التنظيمية والمهارات المهنية في كيفية التعامل مع القضايا التي يتم مباشرتها والتي تتعلق بقضايا الأحوال الشخصية في ظل توجهات الوزارة نحو التوسع في استحداث دوائر الأحوال الشخصية في عدد من مناطق المملكة.

وشارك في البرنامج أكثر من ٣٥ مختصاً في العمل الاجتماعي من المعينين في مكاتب الخدمة الاجتماعية بالمحاكم. واشتمل البرنامج التدريبي على التعريف بمهام مكاتب الخدمة الاجتماعية في المحاكم، وايضاح أهم الأدوار المهنية التي يضطلع بها الأخصائي الاجتماعي في المجال العدلي، كما تضمن البرنامج عرض لبعض التطبيقات العملية على التعامل مع الحالات التي يتوقع أن يعمل معها الأخصائي الاجتماعي وخصوصاً تلك التي تكون نتيجة للطلاق وآثاره من مشكلات النفقة والحضانة والعضل وغيرها من القضايا التي ترد للمحاكم وتحتاج إلى التدخل المهني المباشر معها.

كما احتوى البرنامج على الاجراءات التنظيمية في تحويل الحالات وكيفية تقديم المساعدة المهنية في تقديم الدراسات الاجتماعية للحالات التي ترد من أصحاب الفضيلة القضاة وتحديد آليات التعاون في هذه المجال.

وزارة العدل تنظم ورشة عمل لقضاة التنفيذ

نظمت وزارة العدل ورشة عمل (إعداد لائحة مقدمي خدمات التنفيذ) بمشاركة عدد من أصحاب الفضيلة القضاة وقضاة التنفيذ.

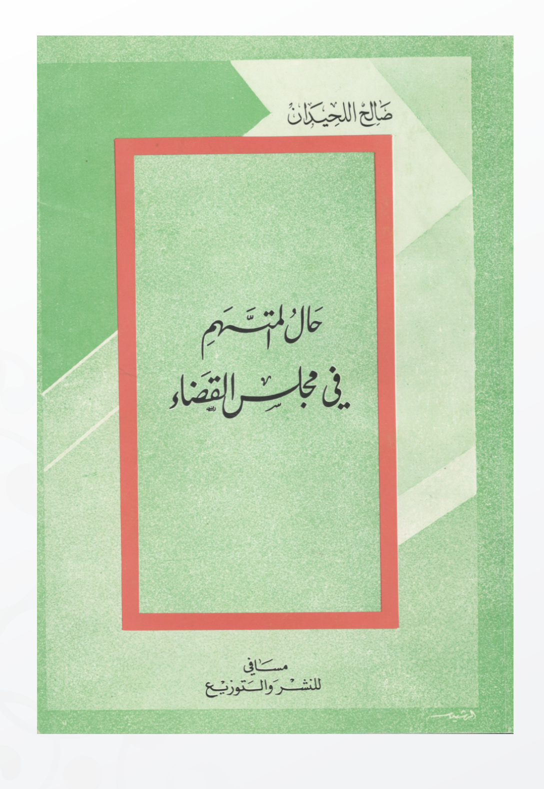
وتهدف الورشة المقامة بمدينة الرياض إلى ترتيب العلاقة بين مقدمي خدمات التنفيذ من القطاع الخاص بقضاء التنفيذ وإعداد لائحة لمقدمي الخدمة .

حيث بلغ عدد المشاركين في الدورات التدريبية (٢٣٠) قاضياً و(٨٠٠) موظفاً خلال النصف الأولى من هذا العام ١٤٣٥ هـ.

حيث تقوم الإدارة العامة لتدريب القضاة بعقد العديد من البرامج المتخصصة لقضاة التنفيذ شملت برامج اختصاص قاضي التنفيذ والسند التنفيذي وتعريفه وحكمه وما يتعلق بالسند التنفيذي والأجنبي والإفصاح عن الأموال والأموال التي يحجز التنفيذ عليها وما لايجوز الحجز عليه وإجراءات الحجز التحفظي وإجراءات التنفيذ وبيع المال المحجوز والتنفيذ المباشر.

كما اشتملت البرامج التدريبية على التنفيذ في قضايا الأحوال الشخصية والقضايا التجارية والإعسار وأحكامه والحبس التنفيذي وجرائم التنفيذ ووسائل التنفيذ والسلطة القضائية والخدمات المساندة لقاضي التنفيذ والعلاقة بالجهات الأخرى.

حال المتهم في مجلس القضاء



تأليف: فضيلة الشيخ د. صالح بن سعد اللحيدان

المستشار القضائي والأمين العام للبحث العلمي

هذا الكتاب القيّم يعتبر إضافة جديدة ومهمة للمكتبة القضائية، فقد تناول عدداً من المسائل القضائية في التشريع الإسلامي المهمة للمسلمين عامة ورجال القضاء بصفة خاصة، وبيان أن القضاء علم يستند إلى قواعد راسخة وثابتة، ويحتاج إلى ذكاء واطلاع عميق وخلفية واسعة لشتى العلوم المختلفة، ويعتبر الكتاب أيضاً أسلوب عصري يحاول التقنين إلى كل ما هو أصيل في هذه الأمة، وتقنين قضية الشهود وعدم استهداف التهمة والزج في السجون دليل واضح على سماحة الإسلام، وقد أحسن فضيلته بإيجاد نماذج تطبيقية للنصوص النظامية الإسلامية مع تشخيصها في الواقع، مستشهداً بأقوال العلماء الأجلاء والسلف الصالح، وفي تحديد الأحكام ينبغي النظر إلى مجمل الوقائع فلكل حكم مناخاته، فقد كان هذا الكتاب عبارة عن مادة علمية رصينة وذات بحر واسع من المعلومات والمعارف الإسلامية العظيمة، ومن هنا تكمن أهمية الكتاب والحديث عنه، فهو عملاً مكتملاً صحيحاً لا قصور فيه ولا نقص، فالدين الإسلامي بتشريعاته من أكثر الأديان حضاً على التسامح، وقد رسم الإطار المنهجي للإنسانية القادر على استيعاب المتغيرات وعلى التناغم مع تطورات العصر واحتياجات البشرية بتدبير شؤون البلاد وتوحيد الأمن.. ولقد أجاد فضيلته بالرد على الترهات المسيئة إلى معاملة المتهم بالأسلوب العلمي الرصين المستمد من القرآن الكريم والسنّة النبوية بوصفها الأصل الثابت لأي فكر أو تشريع إسلامي وباستلهام التراث الإسلامي للإجابة على أسئلة الحاضر والنظر إلى تجسيد تشريعات الإسلام والقيم المثلى في الواقع المعايش. نفع الله بهذا العلم وجزى مؤلفه الأجر والثواب.

شكر على الإهداء

معالي وزير العدل

تلقينا إهـداء معاليكم نسخة من (مجلة العدل) والتي تصدرها وزارة العدل.

نشكركم على هذا الإهـداء، متمنياً لمعاليكم ولجميع القائمين على هذه المجلة دوام التوفيق والنجاح ولمعاليكم تحياتنا.

تركي بن عبدالله بن عبدالعزيز
أمير منطقة الرياض

شكر وتقدير

معالي رئيس التحرير

أتوجه إليكم بالشكر والتقدير والعرفان على ما تولونه من عناية لهذه المجلة المباركة، ونسأل الله تعالى أن يوفقكم والعاملين معكم؛ مقدراً تواصلكم وحرصكم على إيصال المجلة للمستفيدين منها.

شاكراً ومقدراً لكم جهودكم.

القاضي بالمحكمة الإدارية بأبها
ظافر بن عبدالله بن ظافر الشهري

عمق وتأصيل

معالي رئيس التحرير

تطل علينا (مجلة العدل) المتخصصة في مجال الفقه والقضاء، فاطلعت عليها فوجتها عظيمة الفائدة متنوعة المباحث ذات عمق وتأصيل، فألفتها مرجعاً لكل باحث وقاضي ومحامي.

فأشكر وزارة العدل على هذه المطبوعة الرائعة، وأدعو الله أن يجعلها خير عون على الطاعة وبلوغ الهدف الأسمى، والله يحفظكم ويرعاكم.

كاتب عدل محافظة القرى
عبدالله بن جمعان أبو حفاش

لمسات موفقة

معالي رئيس التحرير

أشيد بجهودكم المبذولة في (مجلة العدل) التي أكملت المنظومة العدلية، وما حصل لها من تطور ملحوظ تشكرون عليه وخير شاهد ما حصل لمجلة العدل من لمسات موفقة أبرزت أهمية المجلة في كاتبة الأطر والمجالات العدلية والبحثية.

فجزاكم الله خيراً متمنياً لكم وللعاملين معكم دوام التوفيق والسداد.

كاتب عدل ملهم
عبدالله بن عبدالعزيز الوشيقري

من ماليزيا .. أُحدثكم !!

معالي رئيس التحرير

أشكركم على ما تبذلونه من جهود في إصدار مجلة العدل، حيث الموضوعات القيمة والمحكَّمة. وما تتميز به هذه المجلة من معلومات تساهم في نشر الوعي القضائي وتخدم فئات كبيرة من المجتمع كما خدمت القاضي والمحامي والمختص وطالب العلم الشرعي.

تحية تقدير لمسؤولي التحرير على الجودة وحسن الإدارة والحرص على إيصالها للمستفيد وبارك الله فيكم وفي جهودكم.

د. حسن بن إبراهيم الهنداوي
قسم الفقه وأصوله بكلية معارف الوحي والعلوم الإنسانية
الجامعة الإسلامية العالمية بماليزيا



تستفز الظفرات العلمية والفقهية في ربوعها

معالي رئيس التحرير

نشكركم على إثـراء المكتبة القضائية بمجلتكم الرائعة والتي تستفيد الطفرات العلمية والفقهية في ربوعها. هذه المطبوعة المتخصصة تتمتع بمكانة مرموقة وتلقي قبولاً حسناً لدى المطلع والمتابع. سائلاً المولى أن يوفقكم للاستمرار في مساعيكم المحمودة، وأن يجزل مثوبتكم ويتولاكم برعايته وعنايته وتقبلوا فائق التقدير والامتنان.

أمين مكتبة الشيخ أبو بكر
الإسلامية بكيرلا في الهند
عبدالقادر محمد الوافي

تجديد العنوان

الأخـوة القضاة بمحكمة الاستئناف الإداريـة بالرياض، وهم: معالي الشيخ محمد بن فهد بن سعد الفهيدي الدوسري، الشيخ إبراهيم بن صالح بن شلال السويلم، الشيخ حمود بن سليمان بن عطاالله اللاحم، الشيخ حمد بن محمد بن سليمان البليهد، الشيخ محمد بن عبدالرحمن بن علي الحذيفي العامري، الشيخ سليمان بن علي بن سالم الغازي، الشيخ أحمد بن عبدالله بن محمد الخليفة، الشيخ علي بن سلمان بن علي السعوي، الشيخ محمد بن عبدالله بن محمد الخليفة، الشيخ علي بن إبراهيم بن فهد الـداود، الشيخ إبراهيم بن عبدالمحسن بن خاتم الغربي العتيبي، الشيخ عثمان بن عبدالرحمن بن عبدالله الدخيل، الشيخ إبراهيم بن عبدالرحمن بن إبراهيم الشبرمي، الشيخ سعد بن محمد بن سعد الحقباني، الشيخ عبدالإله بن إبراهيم بن عبدالعزيز السليمان، الشيخ ناصر بن حمد بن ناصر الوهيبي، الشيخ عبدالعزيز بن صالح بن عبدالرحمن الراجحي، الشيخ عبدالعزيز بن عبدالرحمن بن محمد الشثري، الشيخ عبدالله بن سليمان بن ناصر الصيقل، الشيخ يوسف بن عبدالعزيز بن عبدالله الربيش، الشيخ علي بن محمد بن علي المطير، الشيخ خالد بن عبدالرحمن بن محمد النمر، الشيخ محمد بن ناصر بن سليمان الجربوع، الشيخ بديع بن سعود بن عبدالله البديع.

- الأخـوة القضاة بمحكمة الاستئناف الإدارية بمكة المكرمة وهـم: الشيخ محمد بن عبدالقادر بن شيبة الحمد يوسف شيبة الحمد، الشيخ محمد بن سعد بن علي التويم، الشيخ عبدالوهاب بن محمد بن حمد المنصوري، الشيخ فرحان بن يحيى بن علي الفيفي، الشيخ عبدالله بن وارد بن محسن الجعيد، الشيخ أحمد بن عبده بن حسين عكور، الشيخ أحمد بن حسين بن عبدالله الموجان السعيدي، الشيخ إبراهيم بن الخلاف بن أحمد نجمي، الشيخ فهد بن صقر بن سعد العائذي القحطاني، الشيخ عبدالعزيز بن عبدالله بن عبدالعزيز العقيل، الشيخ حسن بن علي بن عيضه الثبيتي العتيبي، الشيخ محمد بن بخيت بن سعد المدرع القحطاني، الشيخ عبدالله بن ناصر بن إبراهيم آل حسين، الشيخ منصور بن عبدالعزيز بن عبدالكريم المنصور، الشيخ محمد بن صلاح بن رشود الحصيني، الشيخ عبدالله بن عبدالرحيم بن سويلم آل ساعد الزهراني، الشيخ خالد بن محمد بـن مساعد الثبيتي العتيبي، الشيخ عبـدالله بن محمد بن ناصر البشر، الشيخ إبراهيم بن صالح بن عبدالله السحيباني، الشيخ حمد بن عبده بن هادي ازيبى، الشيخ عبدالمحسن بن نادر بن حزام آل تميم

الدوسري، الشيخ بدر بن محمد بن السلطان الفلاح.

- الأخـوة القضاة بمحكمة الاستئناف الإداريـة بالمنطقة الشرقية وهم: الشيخ إبراهيم بن سليمان بن عبدالله الرشيد، الشيخ عبدالرحمن بن محمد بن عبدالله الحسين، الشيخ عبدالله بن معتوق بن عبيد الضبعاني الثمالي، الشيخ عبدالعزيز بن يحيى بن صالح اليحيى، الشيخ محمد بن يحيى بن محمد بن اليحيى، الشيخ عثمان بن حسن بن عبدالله العبدالله، الشيخ عبدالله بن محمد بن عبدالله الرزوق، الشيخ عبدالله بن علي بن محمد السحيباني، الشيخ محمد بن منصور بن محمد المنصور، الشيخ عبدالله بن حمد بن محمد السعدان، الشيخ عبدالعزيز بن عبدالمحسن بن عبدالرحمن الفضلي، الشيخ فهد بن عبدالعزيز بن عبدالله السليمان، الشيخ هزاع بن عيسى بن هزاع العيسى.

- الأخـوة القضاة بمحكمة الاستئناف الإداريـة بمنطقة عسير وهـم: الشيخ مرعي بن مجدوع بن عبدالله آل مجدوع القرني، الشيخ عايض بن سعيد بن محمد آل شبيب، الشيخ عبدالمحسن بن عبدالله بن إبراهيم الزكري، الشيخ أحمد بن إبراهيم بن أحمد مصبح الشهراني، الشيخ محمد بن صالح بن محمد المقبل، الشيخ ناصر بن عبدالله بن محمد الشثري، الشيخ عبدالله بن بكر بن عبدالله أبو زيد آل غيهب، الشيخ أحمد بن عبدالرحمن بن عبدالله المحيذيف، الشيخ عبدالمجيد بن علي بن موسى المهيوبي البلوي.

- نقـدر حرصكم على اقتنـاء المجلة وتجديد معلومات العنوان تباعاً، مما يضمن وصول المجلة في الوقت المحدد، مقدرين تواصلكم واهتمامكم، ولكم تحياتنا.

تعديل عنوان

الشيخ د. عـامـر بن عـبـدالله الـودعـاني رئيس المحكمة الجزائية بالأحساء المكلف، الشيخ صالح بن سليمان بن محمد النصيَّان القاضي بالمحكمة العامة بالرياض، عبدالعزيز بن محمد بن عبدالكريم السالم كتابة العدل بعيون الجواء، عبدالعزيز بن محمد بن عبدالعزيز السمحان كتابة العدل بحفر الباطن، محمد بن عبدالله بن محمد الفوزان كتابة العدل بقصيباء، عبدالعزيز بن صالح بن عبدالعزيز السمحان كتابة العدل الثانية بعنيزة، عدي بن عثمان بن عبدالكريم المطرودي كتابة العدل الثانية ببريدة، مشعل بن بندر بن عالي الحربي كتابة العدل بالقوارة، إبراهيم بن محمد النصار كتابة العدل الثانية ببريدة، الشيخ عبدالله بن أحمد القبيعي كاتب عدل بكتابة العدل الأولـى بجدة، محمد عويض بن حضيرم الحربي المحكمة العامة بالمدينة المنورة، الشيخ محمد بن فهد بن مزعل المسفر القاضي بالمحكمة العامة بمحافظة بلقرن، الشيخ عبدالإله بن إبراهيم السنيدي القاضي بالمحكمة العامة بالرياض، الشيخ عبدالمحسن بن ناصر السويد أن القاضي بالمحكمة العامة بالدمام، الشيخ صالح بن عثمان العثمان القاضي بالمحكمة العامة بالأحساء، الشيخ فارس بن نايف الحربي كاتب العدل بكتابة العدل الثانية بالمدينة المنورة، الشيخ عماد بن مطر العربيدي كاتب العدل بكتابة عدل رابغ، أحمد بن محمد الوصابي المحكمة الجزائية بالمدينة المـنـورة، إسـحـاق بـن إبـراهـيـم الحصين الجامعة الإسلامية بالمدينة المنورة، الشيخ محمد بن سالم بن محمد الغامدي القاضي بالمحكمة العامة بجدة، محمد بن عبدالله بن عثمان الغامدي مكتب فرع وزارة العدل بجدة، الشيخ عيسى بن عبدالله المطرودي قاضي استئناف، الشيخ عبدالله بن حمود الطريقي قاضي استئناف، الشيخ عبدالله بن محمد الرشود القاضي بالمحكمة الجزائية المتخصصة بالرياض، الشيخ عبدالله بن محمد آل خميس القاضي بالمحكمة الجزائية بالرياض، الشيخ حسن بن سعد بن علوان

الغامدي القاضي بالمحكمة الجزائية بالمدينة المنورة، الشيخ فهيد بن عقلا الزعبي القاضي بالمحكمة العامة بالدمام، الشيخ عبدالله بن عبدالعزيز آل شيقري كاتب عدل ملهم، الشيخ محمد بن عبدالله العياف القاضي بالمحكمة العامة بمكة المكرمة، حسين بن علي بن سعيد القحطاني رئيس كتاب الضبط بكتابة عدل ملهم.

- لقد تم تعديل عناوينكم الجديدة، مقدرين حرصكم على المبادرة في تجديد العناوين تباعاً وشكراً.

طلب إدراج

الأخوة أحمد بن الحسين البناء وأحمد بن منصور بن جنيد العارضي وعبدالرحمن بن إسماعيل محمد مدخلي وحسن بن علي صديق حسن وعبدالله ملهي محمد مقدام ويحيى محمد علي أبو طويل ومحمد أحمد حسن آل خيرات وأحمد حسن علي مدخلي وحسن إبراهيم عبده حزيمي وعلي أحمد بن محمد عريشي الموظفين بالمحكمة العامة بجازان، محمد بن حمد بن محمد البليهي باحث شرعي بالمحكمة الجزائية في بريدة، الشيخ إياد بن محمد بن صالح السحيباني، الشيخ عبدالرحمن بن عبدالله بن عبدالرحمن التويجري، الشيخ يحيى بن إبراهيم بن حسن مباركي، الشيخ محمد بن عيسى به أحمد العويس، خالد بن سليمان بن مقبول الفريح الشراري كاتب ضبط بمحكمة طبرجل، الشيخ صالح بن إبراهيم الراشد القاضي بالمحكمة الجزائية بالطائف، الشيخ سليمان بن عبدالكريم العليان قاضي محكة البشائر، عبدالله جان جدة، الشيخ ناصر بن محمد بن ناصر شملان القاضي بالمحكمة العامة بالداير بن مالك، الأخوة منصور بن علي المكرمي وعلي بن صالح السنيدي وخديش حميد آل الحارث وسالم حسن البكري وحسين يحيى الحازمي ومحمد جابر الحارثي وأمين سعيد الفرجان من محكمة نجران العامة، والأخ عبدالله بن عيظة آل دغمان من دوائر الحجز والتنفيذ بمحكمة نجران العامة، الأخوة إبراهيم بن راشد بن غريب وعبدالكريم بن سعود الحجي وحسن جابر العجمي وتركي بن عبدالله القريان الموظفين بمحكمة الحريق، الأخوة ناصر بن إبراهيم العويرضي وفهد بن إبراهيم الدخيني وعبدالعزيز بن ناصر العبدان وناصر بن محمد الدريهم ومحمد بن ناصر الجليفي وعبدالله بن صالح السيف وفارس بن عبدالله السبيعي وعبدالرحمن بن عبدالله المهيني وعبدالرحمن بن ناصر السعيدان الموظفين في محكمة الدلم، الأخوة شافي حمد شافي العجالين وعبدالله بن مبارك بن عبدالله الزايد وماجد بن صالح الماجد وخالد بن محمد بن عبدالله الزنان ومرضي راشد مرضي الحبشان، ومعجب علي معجب الشكرة وعبدالله معجب مترك العجالين، وفالح إبراهيم عبدالله الودعاني الموظفين بمحكمة الأفلاج.

- نفيدكم أنه تم إدراجكم ضمن من تُهدى إليهم المجلة، ونقدر لكم اهتمامكم.

طلب أعداد

الشيخ محمد بن صالح العامر القاضي بالمحكمة العامة بالوجه، الشيخ محمد بن فراج الفراج القاضي بالمحكمة العامة بالوجه، الشيخ سعد بن مشوح العنزي القاضي بالمحكمة العامة بعرعر، محمد أمين المدينة المنورة، الملازم القضائي الشيخ أمجد بن سليمان الفايز المحكمة العامة بمكة المكرمة، الشيخ عبدالله بن إبراهيم اليوبي قاضي محكمة الدرب المكلف. الدكتور صالح بن سليمان الحويس مكة المكرمة، الشيخ محمد مسطر عوض السهلي كاتب عدل بكتابة عدل ينبع،

د. عبدالحميد محمد عبدالغني الأمين العام المساعد لشؤون المعلومات بمجلس التعاون لدول الخليج العربي، الرياض، الملازم القضائي الشيخ إبراهيم بن حامد بن عثمان الغامدي المحكمة الجزائية بمكة المكرمة، العقيد راشد بن محمد القحطاني رئيس التموين والصيانة بإدارة توقيف الوافدين بمنطقة الرياض.

- لقد تم بعث أعداد من المجلة حسب طلبكم وحسب الإمكانيات المتاحة، والله يحفظكم.

طلب إدراج

× الأخوات منسوبات كلية الأداب بجامعة نورة بالرياض، وهن:

د. ناهد عطا الله الشمروخ، د. مشاعل بنت فهد الحسون، د. وفاء بنت سعد الراشد، د. ابتسام بنت عبدالمحسن الجريسي، د. البندري بنت عبدالله الجليل، د. آمنة بنت علي الوثلان، د. خولة بنت حسين الغامدي، د. مزنة بنت عبدالله المحمود، د. منى بنت إبراهيم التويجري، د. منيرة بنت علي السهلي، د. منيرة بنت محمد الحديثي، د. نايفة بنت خميس العنزي، د. هناء بنت عبدالعزيز المطوع، د. حياة بنت عبدالله المطلق، م. إيمان بنت عبدالعزيز المبارك، م. إيمان بنت عوضه الغامدي، م. آمنة بنت عبدالله الخالدي، م. نجلاء بنت صالح بن حميد، م. رابعة بنت ناصر السياري، م. أمينة بنت عبدالرحمن الخنين، د. نصرة بنت عبدالله عارم، د. هدى بنت عبدالعزيز الموسى، أ.د. شريفة بنت علي الحوشاني، د. مزنة بنت مزعل العيد، د. منى بنت إبراهيم بن لويبه، د. أسماء بنت عبدالله بن محمد الموسى، د. فاطمة بنت عبدالله العمري، د. مها بنت سعد الحمد، م. وضحى بنت علي القحطاني..

- نفيدكن أنه تم إدراجكن ضمن من تُهدى إليه المجلة، نقدر اهتمامكن وحرصكن، سائلين الله أن ينفع بما فيها من فائدة.. وشكراً.

طلب إدراج

× الأخوة منسوبي أعضاء هيئة التدريس بقسم الدراسات الإسلامية بكلية الآداب والعلوم الإنسانية في جامعة الملك عبدالعزيز بجدة وهم:

معالي الشيخ عبدالله بن محفوظ بن بيه، أ.د. حسن بن محمد بن محمود سفر، أ.د. سالم بن حمزة بن أمين المدني، أ.د. عادل بن محمد صالح أبو العلا، أ.د. عبدالرحمن بن نفاع السلمي، أ.د. فيصل بن سعيد بن عبدالله بالعمش، أ.د. رمضان محمد صفي الدين السنوني، أ.د. محمد بن أحمد بن علي باجابر، أ. محمد بن عمر محمد حسن، أ.د. هاني أحمد عبدالشكور، أ.د. محمد بن عبدالمهيمن بن عبدالرحمن د. أحمد بن صالح أبو شيقة الغامدي. د. أحمد بن صالح بن جمعان الغامدي. د. أحمد بن صالح بن حسن الزهراني، د. أحمد بن عبدالله آل سرور الغامدي، د. أحمد بن محمد بن حمود عبيد، د. أحمد بن محمد بن صالح عزب، د. حسن بن أحمد بن محمد الغزالي، د. خالد بن صالح بن أحمد الزرهاني، د. عبدالله بن نذير بن أحمد المزي د. فايز بن أحمد بن حامد حابس، د. كمال بن سالم بن حمد الصريصري، د. مازن بن عبدالعزيز بن محسن الحارثي، د. مازن بن عبداللطيف بن عبدالله البخاري، د. محمد بن إسماعيل بن عثمان زين، د. محمد بن سعيد المدشة الغامدي، د. محمد بن عبدالرحمن حبنكه الميداني، د. محمد بن عبدالرحمن بن حمد الشقير، د. محمد بن عبدالله بن عمر الحلواني، د. مراد بن مصطفى كمال الحسن، د. مسرج بن منيع بن مطلق الروقي د. مسعود بن محمد بن حسين القحطاني، د. مشعل بن فهم بن محمد السلمي، د. موفق بن عبدالله بن علي

كدسه، د. هشام بن سعيد بن أحمد أزهر، د. عبدالله عبدالله بن سيف بن قايد الأزدي، د. حاتم بن عبدالله بن أحمد رضا، د. حازم بن عبدالعزيز بن عثمان الغامدي، د. خالد بن بندر بن مساعد الجفري، د. فيصل بن زامل بن مفلح الشهراني، د. محمد بن أحمد محمد حريري.

– نقدر حرصكم على اقتناء المجلة، ونحيطكم أنه تم إدراجكم ضمن من تُهدى إليهم المجلة، فأهلاً بكم.

طلب إدراج

× الأخوة منسوبي أعضاء هيئة التدريس بكلية الحقوق في جامعة الملك عبدالعزيز بجدة، وهم: أ.د. العربي أحمد العربي الحاج، د. زياد بن أحمد حميد القرشي، د. عبدالهادي محمد سفر الغامدي، د. عبدالكريم بن محمد الداحول، د. عبدالرزاق بن عمر جاجان، د. نايف بن سلطان محمد الشريف، د. زكي بن محمد شناق، د. فيصل بن صطوف العساف، د. مصطفى بن محمد مصفى بيطار، د. حسين بن زكي عبداللطيف حسن، د. عبدالله بن محمد عبدالله العطاس. د. بندر بن سلمان محمد آل سعود. د. حسين بن ناصر عبدالله الشريف، د. سليمان بن حمدان حامد البلوي، د. عمر بن فتحي أحمد الخولي، د. سلطان بن فيحان عمر العصيمي، د. محمد بن إبراهيم عثمان آل عثمان، د. محمد بن حسن علي القحطاني، د. هشام بن عبدالملك بن دهيش د. يوسف بن بكر عمر العمري، د. حسان بن عبدالسميع أبو العلا، د. حسين بن عبدالله أمين قايد، د. جلال بن هاشم يحيى سحلول، د. محمد بن حميد مصفي المزمومي.

– نرحب بكم ضمن من تُهدي اليوم المجلة، شاكرين اهتمامكم لإقتنائها والاستفادة عما يطرح فيها من موضوعات متخصصة في الفقه والقضاء.

رُدُودٌ سَرِيعَة

– الأخ عبدالله بن أحمد الغامدي الموظف بالمحكمة الجزائية بمكة المكرمة والأخ فهد القحطاني الموظف بالمحكمة الجزائية بالأحساء.

– نقدر اهتمامكما وحرصكما باقتناء المجلة، ونحيطكما بأن المجلة تُهدى لمنسوبي الوزارة لمن هم على المرتبة الثامنة فما فوق وشكراً.

– الأخ أسامة محمد المهدي، المدينة المنورة.

– لا يمكن أن نهمل أي طلب، لكن لعل ورود خطأ في العنوان حال دون وصول المجلة إليك، نؤكد لك أن طلبك محل اهتمامنا ودمت بخير .

– الأخوات منسوبات كلية التربية بجامعة نورة.

– شكراً على حرصكن باقتناء المجلة وسوف يتم تباعاً إهداء المجلة لكن ضمن من تهدى إليهن المجلة وشكراً.

– الأخ حسن بن أحمد البردوي الموظف بالمحكمة العامة بالقطيف.

– تم تحقيق طلبكم ولكم خالص تحياتنا .

– الأخوة أسامة السلوم وإبراهيم القاسم ومأمون مجد وعبدالله العلي وشركة الزاهد وحسين أبو داوود وسعد غلام وإبراهيم الحربي وأحمد أدا وأحمد أبو زيد وعلي البركاتي.

– نحيطكم أنه تم انتهاء اشتراككم، ونأمل المبادرة بسرعة تجديده لتتمكن من التواصل معكم بتسلسل الأعداد تباعاً وشكراً.



كلمة مدير التحرير

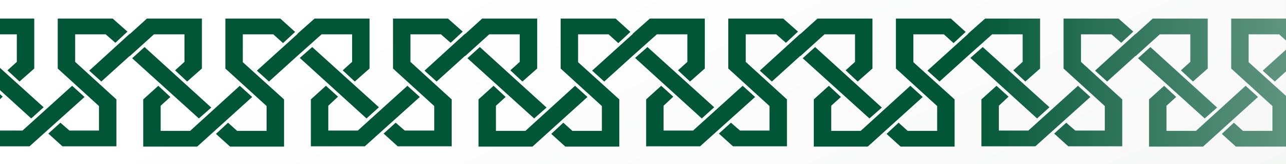
دعوة المختصين للمشاركة

تواصل مجلة العدل صدورها بخطوات واثقة مع اقتراب عامها السابع عشر على التوالي، وهي مجلة تعنى بشؤون الفقه والقضاء وتنشر البحوث الفقهية والقضائية والدراسات العدلية، إثراء للأطروحات العلمية المؤصلة والمدروسة في المجال القضائي بجوانبه الشكلية والموضوعية، ومشاركة في معالجة مستجدات العصر بما يخص القضاء وأحكامه وأنظمته، وتطمح المجلة إسهاماً في إنجاح مسيرتها المباركة استضافة الباحثين الشرعيين من أصحاب الفضيلة القضاة وأعضاء هيئة التدريس في كليات الشريعة والدراسات الإسلامية وأصول الدين في الجامعات وكافة الباحثين والعلماء والمختصين، وذلك للمشاركة بالأبحاث والدراسات المتخصصة والمعنية بموضوعات المجلة إسهاماً منهم في نشر العلم في الدراسات المتخصصة في الفقه القضائي وأحكام الشريعة الإسلامية وأصولها ومقاصدها وقواعدها، والمبادئ الفقهية والأصول القضائية، والاختيارات الفقهية للعلماء المحققين، وأحكام النوازل المستجدة في مجال القضاء والفقه، ودراسات النظم والإجراءات وتأصيلها فقهاً ونظاماً، ودراسة المشكلات المعاصرة وسبل حلها ومواجهتها، والقضاء في العصور الإسلامية، ورجال القضاء في الإسلام، ونماذج من أقضية السلف، وتاريخ القضاء في المملكة العربية السعودية وإظهار ما تتسم به الشريعة الإسلامية من شمول واحتواء لكل متغيرات الحياة.

وأسرة المجلة تترقب الإسهام والمشاركة الفاعلة من الجميع، لخدمة وتحقيق أهدافها النبيلة.

وبالله التوفيق،،

محمد راشد الدبيان



Limited Liability

Mussaed Abdullah AL-huqail

Abstract

The author elaborates on the following points:

Limited liability is a term created by modern commercial laws. It means: The liability of the partner for the debts of the company are limited to his share in the company and the partner does not assume in his own property any amount of company's debt exceeding its assets.

The Saudi legislator establishes the principle of limited liability of partners in four types of companies. These are: stockholding company, limited liability company, simple partnership company and shareholding company.

When establishing the principle of limited liability in the said companies, the Saudi legislator gives consideration for the risk of abusing this principle to manipulate the rights of creditors. Therefore, he laid down a set of guarantees that limit abuse of this principle to cheat creditors and waste their rights. The author provides the relevant articles of the law.

Modern time jurists differ on the principle of limited liability of partners for the debts of the company. Some of them consider it a valid principle while some others consider it invalid. The author opines that it is valid under certain conditions.

Jurists who contend that the principle is valid provide proofs including the following: Determining the liability for the debts equal to the amount of the capital of the company is a condition stipulated by partners vis-à-vis parties dealing with the company. They have knowledge of it and accept it, leaving no uncertainty. Originally, conditions are valid and permissible. The reality of limited liability is releasing the company from a debt of an unknown amount and releasing is dropping the debt that involves ignorance and uncertainty. Compared to the limited liability of the master for the debts of the slave permitted by him to trade and because effecting this principle encourages investment of money in companies that economically benefit individuals and societies.

Jurists who argue that this principle is not valid state that this principle is not known to jurists, that it contradicts their contention that debts relate to the liability of the person rather than his money and that it contradicts the requirements of the articles of association in Islamic Sharee'ah which states that the shareholder should assume the losses incurred by the company as proportional with his share in the capital and that this principle gives shareholders or the management of the company the excuse to deceive parties dealing with the company.

The author provides some judicial applications of the principle of limited liability in companies.





Ruling on Unseen Sales in Islamic Jurisprudence

Maazin Misbaah Sabaah

Abstract

The present paper tackles the following topics:

The sight jurists consider sufficient and how it is realized:

The Hanafites: When the thing is known.

The Maalikites: If the sold item is fungible, it is enough to see part of it and if it is value related, all parts of it should be seen provided that no harm is caused to the seller.

The Shaafi'ites: The main part denoting the other parts of the sold item should be seen.

The Hanbalites: The parts that realize the intention of the sale by sight, smell or taste or by describing the sold item as sufficient for the description of salam items.

The Preponderant Opinion: The author considers the opinion of the Hanafites and the Hanbalites as the preponderant one.

Jurists agree that if the sold item is present in the session and seen to contracting parties, the sale is valid if the relevant conditions are fulfilled.

Jurists agree that the sold item described by the seller is permissible to sell if the conditions of salam are fulfilled.

Jurists differ as to the validity of sales unseen at the time of contracting as follows:

If the sold item does not usually change: The majority of jurists are of the opinion that the contract is valid but some jurists are of the opinion that it is invalid.

If the sold item usually changes: If the lapsing period indicates survival of the item, the sale is permissible but if the lapsing period indicates vanishing or damage, the sale is invalid.

- Jurists differ as to the validity of the sale if it is not unseen to the contracting parties at the time of contract and has not been seen before in three opinions as follows:

1st Opinion: It is permissible and the buyer has the choice at the time of sight either to keep the item or to return it according to the Hanafite and Ash-Shafi'ee in the old version of the school and the weaker opinion of the Hanbalites.

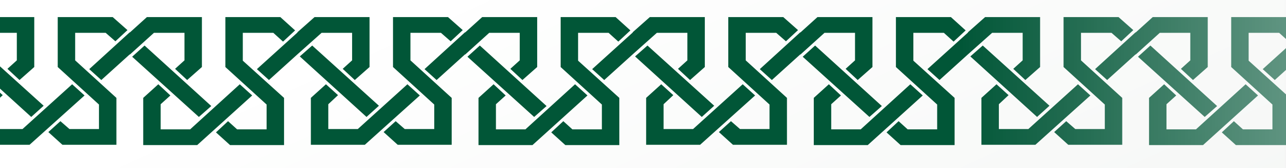
2nd Opinion: It is permissible provided that the item is described according to the Maalikites and the preponderant opinion of the Hanbalites.

3rd Opinion: It is not permissible to sell an unseen item according to Ash-Shaafi'ee in the new version of the school and the weaker opinion of the Hanbalites.

The Preponderant Opinion: The author considers the first opinion as the preponderant one.

- Jurists differ as to sale based on sample. The Majority of jurists from the Hanafites, The Maalikites and the Shaafi'ites are of the opinion that it is permissible while the Hanbalites are of the opinion that it is not permissible. The author considers the opinion permitting sale based on sample as the preponderant one.





Islamic and Usurious Speculations in the Exchange and their Economic Effect

Yunus Sawaalhi, Muhammad S. Haaroon and Fallaq Muhammad

Abstract

The present paper discusses the following topics:

Definition of speculation: A person giving his money to another person for trading in and sharing the profit.

Jurists unanimously permit speculation; it is the oldest investment means known in the Islamic Sharee'ah since it was used in the pre-Islamic period and is accepted by the Islamic Sharee'ah. Islamic banks have adopted speculation as an alternative to usurious financing.

Conditions and pillars of speculation.

Jurists differ as to the ruling on the speculation with a debt in the hand of the speculator like the check drawn on the same investment bank in two opinions:

First Opinion: It is prohibited according to the Hanafites, the Maalikites, the Shaafi'ites and the Hanbalites.

Second Opinion: It is permissible according to some Hanbalites.

Jurists differ as to speculation with a debt in the hand of a third party like the check drawn on a bank other than that invested in in three opinions. The authors opine that the preponderant opinion is that it is permissible.

Jurists differ as to the speculation with the deposit in two opinions. The authors opine that this type of investment in the short run.

The economic importance of speculation in minimizing unemployment and promoting just distribution of wealth.

Some reasons of weak speculation in Islamic banks include the high risk that the bank cannot tolerate. The authors give some practical suggestions to limit risks of speculation.

effects of speculation in the Islamic economy including raising the motto of Islamic economics which reflect permissible profits rather than interests.

Usurious speculation in the exchange with some economic suspicions that support the opinion of jurists who contend that there is no economy free from usurious interests and replies to such suspicions.

Types of operations that take place in international markets to show the essential difference between Islamic speculation and usurious brokerage including the following:

Urgent operations: These are the operations which the contracting parties commit themselves to implement contracts in that the seller delivers securities and the buyer pays their price within a period not exceeding 48 hours.

Deferred Operations: These are the operations which both parties agree to defer delivery and payment of price to a specific day called the liquidation day. It is of two parts.

Sale with Increase Option: The buyer or seller requesting increase for himself over the quantity to be delivered on term. It is a sale with increase promise.

The current conditions of international exchanges are only suitable for urgent sales, the shares involved therein should be free from prohibited products including wine and the like.

Some Sharee'ah permissible alternatives for speculation in international exchanges include investment certificates issued by the Islamic Development Bank and Mutual Lending (muqaaradhah) bonds.

The effect of usurious financial brokerage and speculation on the international exchanges.





Disposing with the Sold Items before Receiving them

Taariq M. A. Al-Khuwaiter

Abstract

The author elaborates on the following points:

Definition of the following terms:

Sale: Exchanging some product for money for the purpose of ownership.

Receipt: Acquiring and seizing something.

Definition of receipt related terms like release, delivery and acquisition.

The rule on receiving something is based on norms and actual practice.

Jurists agree that food items may not be resold before they are received.

Jurists difference as to disposing with the sold items before they are received in four opinions as follows:

It is permissible to sell the real estate only before it is received according to Abu Haneefah and Abu Yusuf.

Items other than foodstuff may be sold before they are received according to the known opinion of the Maalikites and others.

The sold item may not be disposed of before it is received if it is measured by volume or weight according to Uthmaan, Sa'eed bin Al-Musayyib and others.

The sold items may not be disposed of before they are received in all cases according to Ath-Thawree and others.

The Preponderant Opinion: The author is of the opinion that the fourth opinion is the preponderant one.

- The difference among jurists results in two points as follows:

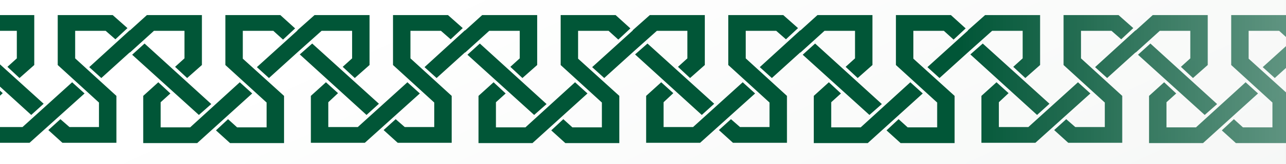
1. The growth of the sold items: Jurists who permit disposing with the sold items before they are received, give the purchaser the right to the growth and those who do not give the right to the growth to the seller.

2. The damage of the sold items before receiving them: Jurists who stipulate receiving the sold items consider the seller liable for the damage but those who do not consider the purchaser liable for the damage.

- Cases of damage of the Sold Items:

If damage is caused by the seller, a natural incident or the act of a third party, the seller is held liable for it. However, some jurists give the purchaser the choice to terminate the contract and return the value or to claim against the person causing the damage to provide equal items if the damaged items are fungible or to pay the value if the items are not. However, if the damage is caused by the purchaser, he is the one held liable without charging the seller for the damage.





Judicial Monitoring of Martial Penal Decisions

Abdur-Raheem Mirdaad Al-Haarthee

Abstract

The author elaborates on the following topics:

Definition of the parts of the title: monitoring, judicial, decision, martial and penal.

Jurists differ as to the meaning of the martial decision in two opinions:

1st Opinion: It is the penal decision issued by the tribunal; this is the currently applicable opinion.

2nd Opinion: It is the decision issued by the military authority; this is the opinion chosen by the author.

The result of difference on the meaning of the martial decision is that:

The martial decision is final since it is issued but is not final with regard to the decision of the court.

The martial penal decision is defined as “the military authority or tribunal’s declaration of its intention to punish privates for a legally sound reason.

The private for whom a legal judgment is issued should submit to disciplinary actions whatever the result of the judgment is.

Types of martial penal decisions:

Administrative non-disciplinary decisions known as administrative penalties.

Administrative disciplinary decisions issued by the military disciplinary board.

Military disciplinary boards in the Ministry of Interior are of two degrees:

Preliminary disciplinary board

Extraordinary military board.

Points of agreement and difference between the two penalties include:

They agree in hearing the statements of the private before penalizing him and differ in that the administrative punishment is final but the disciplinary one becomes final only after it is ratified.

Benefits of judicial monitoring on the military institution and its personnel include:

The monitoring of the administrative court on the martial penal decision connects the military institution with the authorizes.

Elaboration on the most important differences between military disciplinary board and martial court which include the following:

The military disciplinary board’s authority is executive rather than judicial and anything issued by it is considered a decision even if it is described by the legislator as a judgment as it is subject to the monitory of the administrative court contrary to the judicial judgment.

Aspects of objection before the court to the administrative non-disciplinary penal decision include:

Pillars of the decision, questioning of the accused private and hearing his statements and causation.

Aspects of judicial objection to the administrative disciplinary penal decision include:

Examination of the referral decision to disciplinary actions and investigation/

Difference of judicial judgments which consider appearance at the disciplinary session as a guarantee through which the martial decision can be objected to through appeal.

The text of the judicial judgment and some points which the administrative court judge should examine before pronouncing the judgment on the private’s claim against the martial penal decision because they may be the intention behind his claim. These points include the following:

Deductions from salary, calculation of detainment period and deduction of promotion points.





Conditions Stipulated by the Wife for her Benefit and their Effect on the Marriage Contract

Nourah Abdullah M. Al-Mutlaq

Abstract

The author discusses the following points:

Definition of Condition: A controlled apparent description, complementing the subject under condition, the absence of which nullifies the judgment but the presence of which does not necessarily mean the presence of the judgment.

Types of conditions and the difference between conditions in the marriage contract and conditions of marriage.

Parts of conditions in the marriage contract are four as follows:

Conditions agreeing with the purpose of the contract, conditions in the interest of the contract, prohibited conditions contradicting the contract and conditions related to a known benefit in the contract.

Conditions stipulated by the wife for her benefit in the marriage contract as follows:

Provide her with a private accommodation: A valid condition that should be fulfilled. It is a secure accommodation commensurate with the condition of financial capability of the couple.

Not to marry another woman, not take her outside her country or house or take her on a journey abroad. Jurists differ on this condition; some of them consider is invalid but others consider it likeable to fulfil it, yet others opt that it should be fulfilled. The author contends that this condition should be fulfilled.

Pursue her studies, provide her transportation for her private trips, provide her with a maid, some of the dower to be deferred, be the guardian and nurse of her children from other husband, not to separate her from her parents or to take her to pilgrimage. These are all valid conditions that should be fulfilled.

Seek employment or continue on her job: Jurists differ on this condition; some of them consider it invalid, some others consider it likeable to fulfil it, yet others consider it mandatory to fulfil it. The author opts that it is mandatory to fulfil it.

Have the right of divorce: Jurists differ as to this condition; some of them consider it invalid but some others consider it valid. The author opts that this condition is invalid.

Divorce the other wife: It is invalid according to the unanimous opinion of scholars.

Own her salary: This condition is unnecessary as this ownership is unquestionable since the financial liability of the couple is separate.

Not to return the other divorced wife: This is the same as the condition related to divorcing the other wife if the divorce is revocable. However, if it is irrevocable, it is similar to the condition that he should not marry another wife.

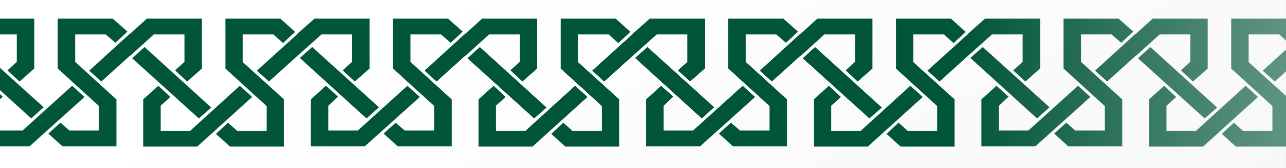
If she is his wife and he marries another wife, the other wife is considered irrevocably divorced: It is an invalid condition because it is preceding the contract and there is no divorce preceding marriage.

If the wife stipulates to have the right to work or to continue her job but her husband prevented her and she left the house to work without his permission, she is not considered disobedient and should be financially supported.

The wife who stipulates valid conditions mandatory on the part of her husband to fulfil has the right to dissolve the marriage if the husband fails to fulfil the agreed conditions.

The wife divorced by her husband who had stipulated taking her to pilgrimage but her condition was not fulfilled should be paid the cost of a pilgrimage by her ex-husband and if he dies, the cost should be taken from his estate.





The Cause Supporting the Lawsuit Serving as a Witness

Sa'd Umar Al-Kharaashee

Abstract

The author elaborated on the following points:

Definition of the following terms:

Evidence: Everything that makes the right clear.

Presumption: The judge's inference of an unknown point from a known one.

Causation: A statement of actual and legal evidence on which the judge based his judgment.

Complementary Oath: The oath requested by the judge at his own to be taken by either litigant to complement his conviction.

Some causes and evidence on which judgments are based; some evidence being of relative truth the opposite of which can be established.

Scholars differ as to provision of evidence; some limit evidence to specific methods by which substantiation can be established and some others do not.

Evidence is of variable degrees of strength and weakness due to variable probability inferred from it. The higher the degree of probability, the stronger is the evidence in substantiation. The author gives forms of variance in methods of substantiation and the variance in each method: giving preference to presumptions over original innocence.

Importance and role of presumptions in substantiation since accepting them as proofs is based on probability and preponderance and erring presumptions is probable and proving the contrary is possible.

Judicial presumptions have two pillars: Material and moral.

The author divides judicial presumptions based on strength into three parts:

Strong to the extent of certainty; must be applied.

Moderately strong; accepted if strengthened by another one.

Weak; given no consideration.

Conditions for inferring judicial presumptions.

The judge's freedom to infer presumptions on which he builds his conviction and then his judgment but his inference is subject to the control of the higher judicial authority.

The presumption might be an independent evidence for the establishment of the right and might be complementary to other evidence.

The judge should build his judgment on the right cause with a very high degree of professionalism

Importance of causation of the judgment.

Action may serve as a verbal permission with examples of conditions and actions that serve as verbal witnesses including the silence of a spinster as proof of his consent.

A number of Sharee'ah proofs and applications indicating consideration of causes supporting the lawsuit serving as a witness.

A number of judicial applications of the subject of paper.

